الدكتور
محمد كمال الدين امام

مقدمة لدراسة الفقه الإسلامي

مدخل منهجي



مقدمة
لدراسة الفقه الإسلامي

د. محمد كمال الدين إمام

كلية الحقوق ـ جامعة الإسكندرية

رئيس قسم الشريعة الإسلامية ـ كلية الحقوق

جامعة بيروت العربية

مقدمة لدراسة الفقه الإسلامي

مدخل منهجي

المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر والتوزيع

الطبعة الأولى
١٤١٦هـ ١٩٩٦م

المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر والتوزيع
بيروت ـ الحمرا ـ شارع أميل اده ـ بناية سلام
هاتف : 802428 -802407 -802296
ص. ب : 6311 /113 ـ بيروت ـ لبنان
تلكس : 20680- 21665 LE M.A.J.D

إهداء

إلى شيخي

العلامة محمد مصطفى شلبي

محمد كمال إمام

بسم الله الرحمن الرحيم

مقدمة

دراسة الفقه الإسلامي خصبة ومتنوعة، وهي في الوقت ذاته جاذبة ممتعة، وإذا كان الفقه هو علم الأحكام الشرعية، فالشريعة تحكم كل شيء في حياة الإنسان المسلم، ويقرأ على ضوئها مسيرته في الأرض وعاداته وتقاليده، ونوازعه ومشاكله، ويتطور الفقه مع الحياة، ويتفاعل النص مع الواقع، وتصبح دراسة الفقه هي دراسة الواقع المتحرك من خلال النص، لا دراسة الحكم الفقهي وحده سواء أكان رهين متن مقروء، أو أسير عصر تولى.

وإذا كان الفقه مجاله الأصيل الأحكام الشرعية العملية، فإن تاريخ الفقه يدرس الظاهرة الفقهية، فإذا اتجه إلى دراستها من خلال تطورها في الزمان، ورحلتها في المكان، فهذا هو تاريخ الفقه الخالص أو المجرد، وإذا عالج حركتها في المجتمع وتفاعلها في البيئات فهذا هو علم اجتماع الفقه، وهو نوع استقل بمباحثه عن علم الاجتماع الثقافي.

وتاريخ الفقه لدينا له فروع ثلاثة:

الفرع الأول: تاريخ الفقه العام:

وهو يدرس نشأة الفقه الإسلامي، ومراحل تطوره، وطبيعة مصادره والروح العامة التي سيطرت عليه.

الفرع الثاني: تاريخ الفقه الخاص:

ويدرس تطور الفقه في مكان معين وبيئة خاصة، كأن ندرس تاريخ الفقه في مصر، أو المدينة، أو العراق، ليس من أجل تقسيمه إلى بيئات إقليمية كما يفعل المستشرقون وصولاً إلى القول بأن الفقه الإسلامي يجسد تطوراً لأعراف محلية، بل من أجل ربط الفقه بواقعه، وتصحيح ما قيل حول تغير المذاهب وهي تنتقل عبر البيئات والأمصار، كما تلقي الضوء على مساهمة كل بيئة في العقل الفقهي العام.

الفرع الثالث: تاريخ المذاهب الفقهية:

وهو فرع آخر يبين كيف نشأت هذه المذاهب؟ وما هو منهجها في التفكير الفقهي؟ وما هي أسباب انتشارها في إقليم دون آخر؟ وفي عصر دون غيره؟ ولماذا بقيت بعض المذاهب؟ ولماذا اختفى البعض الآخر؟ ولماذا سبق علمُ الفقه علمَ الأصول؟

أسئلة كثيرة يمكن أن تثور ومحاولة الإجابة عليها من صميم فرع الدراسة التي نطلق عليه تاريخ المذاهب الفقهية. وبعد تلك ملامح منهجية كانت تدفعنا إلى الكتابة، وتعمل على ترتيب الأوراق، وإرساء خطة البحث، وشاءت ظروف الوقت أن نلمسها لمساً خفيفاً، ولكنها مقدمة لمنهج في كتابة تاريخ الفقه ندعو إليه، ونتمنى أن نُعان على تطبيقه، ولعلّ العمر يتسع ليتحول هذا الكتاب من عمل تعليمي، إلى مؤلف متكامل في علم تاريخ الفقه، يُرسي قواعد المنهج، ويضع لبنة عملية في بنائه.

والله ولي التوفيق

محمد كمال إمام

بيروت في ٧/ ١١/ ١٩٩٥

الفصل الأول

الفقه الإسلامي، مفاهيمه، خصائصه، استقلاله.

يرتبط الفقه ـ أي فقه ـ بالعقل والزمن، فارتباطه بالعقل يحدد مفاهيمه وتصوراته، وارتباطه بالزمن يحدد تاريخه وتطوراته، والفقه الإسلامي ليس بدعاً في ذلك، بل إن عنصر العقل فيه يربطه بمفاهيم وتصورات، وجانب الزمن فيه يضعه في التاريخ ويصنع تطوره ومراحله.

ولأن العقل كلي وجزئي، كلي يرتبط بالإنسان من حيث هو إنسان، وجزئي يرتبط بالإنسان من حيث هو فرد وجماعة، لأن العقل كذلك، فإن الفقه ـ أي فقه ـ له ملامح إنسان، وقسمات مجتمع، وفقه الإسلام له ملامحه وقسماته، والتي تتجلى فيها روح نصه الإلهي، وطبيعة البيئة المصاحبة. أو الواقع المعاش.

ولأن الزمن ـ من حيث الوعي به ـ عالمي وإقليمي، فإن الفقه له أرض كونية يتحرك عليها، وله جغرافيا إقليمية يتحكم فيها وتتحاكم إليه، وكذلك الفقه الإسلامي، له خطابه الكوني، وله إقليمه الخاص، من هنا نشأت مدارسه، وتمايزت اتجاهاته، على المستوى المحلي والإقليمي والكوني.

وهذا الفصل محاولة لاستكناه هذه المعاني، ورصد هذه المفاهيم، من خلال رؤية ترى في الفقه عقلاً وترى فيه تاريخاً، وينقسم هذا الفصل إلى المباحث التالية.

المبحث الأول: المفاهيم.

المبحث الثاني: خصائص الفقه الإسلامي.

المبحث الثالث: أصالة الفقه الإسلامي.

المبحث الأول

المفاهيم

المفاهيم تحدد التصورات، والمدخل الطبيعي لاستيعابها ينطلق من ضبط مسمى المادة، هل هي تاريخ التشريع الإسلامي، أم مدخل لعلوم الشريعة، أم هي مدخل للفقه الإسلامي وتاريخه؟

إن القول بأنها مدخل لعلوم الشريعة كما درجت بعض الكتابات يجعل في المادة موضوعاً هلامياً يصعب تحديده، وتتسع مباحثه، لأن علوم الشريعة تشمل الاعتقادات، والشرعيات، أي أصول الدين وفروعه، ومادة المدخل هي مقدمة لدراسة البناء التشريعي الإسلامي، وليست مدخلاً لدراسة العقيدة الإسلامية، فتسمية المادة «المدخل إلى علوم الشريعة» نراها تسمية فضفاضة لا يقبلها التحديد العلمي الصارم الذي نتغياه، وقد أطلق البعض ـ ومنهم أساتذة أجلاء ـ على المادة إسم تاريخ التشريع الإسلامي أو المدخل للتشريع الإسلامي، وهي الأخرى تسمية تنقصها الدقة، لأن كلمة التشريع ـ كما يقول العلامة محمود شلتوت ـ لا تصلح هنا، لأن التشريع هو وضع الشريعة، فلا يسمى تشريعاً إلا هذه النصوص التي ينظر فيها الفقيه، ويجتهد فيها، ويستنبط منها، وهي نصوص الكتاب والسنة.

أما الاستنباط، والاجتهاد، والترجيح، والتأويل، فذلك هو الفقه، وظاهر أن الذي له أحوال، وعهود مختلفة، وأطوار ازدهار وانحسار، ليس هو النصوص، وإنما الفقه، ليس هو الشريعة وإنما أعلامها ومجتمعاتها.

وبعض الذين كتبوا في تاريخ التشريع قد فطنوا لذلك، واعتذروا عنه بالتوسع في معنى كلمة التشريع حتى يشمل الفقه، وفهم النصوص وغيرها، ولسنا نرى ـ كما يقول الشيخ محمد المدني ـ مبرراً لهذا التوسع الذي يقلب المسألة فيجعل الغرض المقصود تابعاً يندرج في سواه، وحقه أن يكون

متبوعاً يندرج ما سواه فيه.

فالمختار المفضل لدينا في مسمى هذه المادة، أنها مدخل لتاريخ الفقه، فهي دراسة العقل والتاريخ في حركة التشريع الإسلامي عند المسلمين، بل إن كلمة الفقه ذاتها كانت تتسع في بداية النشأة لتشمل الإسلامي كله، يقول «الغزالي» في كتابه «إحياء علوم الدين»: (ولقد كان اسم الفقه في العصر الأول مطلقاً على علم الآخرة، ومعرفة دقائق وآفات النفوس، ومفسدات الأعمال، وقوة الإحاطة بحقار الدنيا، وشدة التطلع إلى نعيم الآخرة، واستيلاء الخوف على القلب، ويدلك عليه قوله تعالى: **﴿ليتفقهوا في الدين ولينذروا قومهم إذا رجعوا إليهم﴾**، وما يحصل به الإنذار والتخويف هو هذا الفقه دون تفريعات الطلاق والعتاق واللعان، والإجارة. فذلك لا يحصل به إنذار ولا تخويف، وينتهي الإمام «الغزالي» إلى القول: «ولست أقول إن اسم الفقه لم يكن متناولاً للتفاوى والأحكام الظاهرة، ولكن كان ذلك بطريق العموم والشمول، لا بطريق التخصيص كما حدث في العصور المتأخرة فلنتأمل إذن مفاهيم الفقه، وعلم الفقه، وتاريخ الفقه الإسلامي، مع التأكيد على أن الألفاظ تنمو، ودلالاتها قد تتغير، فقد يتخصص العام، وقد يتقيد المطلق، والبناء اللغوي في العربية يتسع للكثير من التحولات، وعلم الألسنية الحديث في مجالاته المتعددة، تدعيم لما انتهى إليه اللغويون الأوائل، من أمثال «ابن جني» و«سيبويه» و«عبد القاهر الجرجاني» وغيرهم.

وينقسم هذا المبحث إلى المطالب التالية:

المطلب الأول: الفقه وعلم الفقه.

المطلب الثاني: العلوم الأساسية لعلم الفقه.

المطلب الأول

الفقه وعلم الفقه

١ ـ الفقه:

الفقه في اللغة يطلق على العلم والفطنة والفهم، وهي معاني لغوية لكلمة الفقه، عرفتها لغة العرب، ورصدتها معاجم اللغة، وجاءت في القرآن الكريم والحديث النبوي، من ذلك قوله تعالى: **﴿لهم قلوب لا يفقهون بها﴾** وقوله تعالى على لسان نبيه موسى: **﴿واحلل عقدة من لساني يفقهوا قولي﴾**.

والكلمة هنا دلالتها لغوية تعني الفهم والعلم.

والمعنى ذاته أورده الجرجاني في «تعريفاته» بقوله: «الفقه في اللغة عبارة عن فهم غرض المتكلم من كلامه» ويماثله في المعنى مع صياغة فلسفية ما قاله «الراغب الأصفهاني» بأن الفقه «هو التوصل إلى علم غائب بعلم شاهد».

وواضح أن التعريف اللغوي للفقه يتصل بوظيفة اللغة، باعتبارها أداة الاتصال والتفاهم.

ويحاول «الأب لامانس»[1] بما عرف عن المستشرقين من إنكار لأصالة المفاهيم الإسلامية، يحاول أن يعبىء كلمة الفقه بمفهوم روماني، أدى إليه انتشار الدين الإسلامي خارج حدود الجزيرة العربية، فهو في معناه اللغوي يقابل عند الرومانيين كلمة (juris prudentia) وفي معناه الاصطلاحي يشبه الحق الروماني بتحديده القائل إنه علم بالأحكام والشرائع الإلهية والبشرية، وما يقوله «لامنس» خطيئة نفسية أكثر منه خطأ علمي، لأن النظر في

(١) الأب لامنس: الفقه الإسلامي نشأته وتطوره، مجلة المشرق سنة ١٩١٣، السنة الخامسة والثلاثون.

القرآن للوهلة الأولى يؤكد ورود كلمة فقه في آياته قبل أن يخرج الإسلام خارج مكة مهبط الوحي، ودون استقباله لأية مؤثرات خارجية، والخطيئة النفسية تتجلى في محاولة إثبات التأثير وإنكار أصالة الفقه، ونحن لما نزل في مرحلة الدلالات اللغوية لكلمة عربية قرآنية.

أما كلمة الفقه في معناها الاصطلاحي: فقد تطورت، وانتقلت من التعميم إلى التخصيص بعد الصحابة، في عصر الفقهاء أصحاب المذاهب، فالمعنى الصطلاحي للفقه ظل عاماً حتى عصر الإمام أبي حنيفة، والذي عرّف الفقه بما يعني العلم بالاعتقادات والعمليات، ولكن سرعان ما انفصل الاعتقاد عن التشريع، وأصبح علم الكلام يختص بالعقيدة، وعلم الفقه يختص بالشريعة. وأصبح الفقه في الاصطلاح العلمي الدقيق« هو العلم بالأحكام الشرعية العملية المستنبط من الأدلة التفصيلية».

العلم هنا المقصود به مطلق الإدراك، الذي يشمل التصور والتصديق، إلا أن التصور في المعنى الدقيق يختلف عن التصديق، فالتصور هو إدراك الشيء بوجه ما من غير أن يحكم عليه بشيء، والتصديق إدراك الشيء مع الحكم عليه يقيناً.

والحقيقة أن الفقه قد يطلق على العلم بالأحكام التي أعطاها الشارع للمكلفين، وقد يطلق على الأحكام نفسها، في الحالة الأولى نكون أمام الفقه صفة للإنسان العالم، وفي الحالة الثانية تطلق كلمة الفقه على مجموعة الأحكام الشرعية، ولعل هذا المعنى هو الأقرب إلى طبيعة المادة التي ندرسها وهي المدخل إلى الفقه الإسلامي.

والتعريف يضع مجموعة من القيود على مفهوم الفقه تؤكد على معناه، وتستبعد ما عداه.

فوصف العلم بأنه الأحكام الشرعية يستبعد ما عداه من العلم بالأحكام التي مصدرها العقل أو الحس والتجربة، كالعلم بشروق الشمس ومغيبها، وإدراك الحرارة والبرودة، ومعرفة الصحة والمرض... الخ. فإدراك هذه الأمور لا يسمى فقهاً، لأن الفقه إنما يتعلق بالأحكام الشرعية فحسب.

ووصف الأحكام بالعملية يخرج من الفقه الأحكام الشرعية الاعتقادية كالعلم بوجود الله تعالى، ومعرفة أفعاله وصفاته. فالعلم بهذه الأحكام له عند المسلمين مجال خاص هو علم الكلام أو علم أصول الدين، لأن الفقه مجاله الأحكام العملية، والأحكام العملية بعضها أفعال الجوارح، كالعلم بوجوب الصلاة والصيام، وحرمة القتل والسرقة والتزوير، وبعضها من الأقوال كحرمة القذف والسب، وكوجوب قراءة القرآن في الصلاة، وبعضها من أعمال القلوب كحرمة الحقد، ووجوب النية في العبادات.

ووصف العلم بأنه مكتسب، يخرج من دائرة الفقه العلم الموحى به، كعلم جبريل عليه السّلام، وعلم الرسولﷺ، فهذا علم مباشر من الله، لا يكتسب بالاجتهاد ولا يتم التوصل إليه بالنظر في الأدلة.

وقد أخرج بعض الأصوليين بهذا القيد الأحكام التي علمت من الدين بالضرورة، كوجوب الصلاة والصوم، وحرمة القتل والزنا، فقرروا أنها ليست من الفقه، لأنها لم تعرف بطريق الاجتهاد والنظر، وإنما علمت من الدين بالضرورة، وقد انتقد البعض[1] ـ بحق ـ هذا الاتجاه، لأن هذه الأحكام كغيرها قد علمت بالنظر في الأدلة الجزئية، وكون هذه الأدلة قد اجتمعت على هذه الأحكام حتى أفادت فيها القطع بحيث أصبح حكمها معلوماً للخاصة والعامة، لا يمنع أنها علمت من هذه الأدلة، وأن هذه الأدلة تفيد الظن بآحادها وإن أفادت القطع باجتماعها، والرأي عندنا أن القطعية أو الظنية ليس قيداً لتحديد ما يدخل في الفقه وما يستبعد منه، لأن مكانها دلالة النص وحجية الحكم، فلا صلة لهما بالمفهوم الاصطلاحي لكلمة الفقه، ولكن ما يستحق التفكير هو الصيغة الاعتزالية للفقه، والتي تجعل للعقل مكاناً في إيجاد الأحكام قبل ورود الشرع، فالعلم بالحكم هنا هل يسمى فقهاً أو لا؟ أعتقد أن النسق الاعتزالي للفقه يوجب إطلاق كلمة الفقه على الحكم التكليفي سواء جاء به الوحي أو العقل، لأن كليهما في

---

(١) د. حسين حامد حسان، أصول الفقه سنة ١٩٧٠، ط أول ص ٥، القاهرة دارة النهضة العربية.

الحقيقة شرع الله، أحدهما يتحدد من كتاب الوحي ومجاله النص، وثانيهما يتجلى في كتاب الكون وأساسه العقل. خاصة وأن النقل الصريح لا يتعارض مع العقل الصحيح في الإسلام عقيدة وشريعة.

أما القيد الأخير لتحديد كلمة الفقه، فهو ضرورة اكتسابه من الأدلة التفصيلية، والدليل التفصيلي هو الذي يدل على حكم خاص لواقعة أو حكم خاص لفعل بعينه، بعيداً عن التجريد والعمومية، لأننا في مجال الوصول إلى تطبيق النص على واقعة مفردة ومفرزة.

فعلم المقلد الذي هو إدراك بغير نظر في الدليل، لا يعد فقهاً، فكأن الفقه لا يكون إلا حيث يكون المجتهد، وهذا القيد ينطبق على الفقه بمعنى العلم بالأحكام الشرعية، أما الفقه بمعنى مجموع الأحكام ذاتها فلا عمل لهذا القيد معه، لأن الأحكام ذاتها لا توصف بالاجتهاد أو التقليد، لأن الفرض أنها جميعاً أحكام اجتهادية.

٢ ـ علم الفقه:

الفقه في بدايته كان مجرد أسئلة يقصد بها معرفة خطاب الشرع في الحلال والحرام، ولكنه سرعان ما أصبح علماً لفهم الأحكام الشرعية، يسمى مع علم أصول الفقه بعلم الدراية، ويعرف «الفارابي الفيلسوف» في كتابه «إحصاء العلوم» علم الفقه بأنه «صناعة يقتدر بها الإنسان على أن يستنبط تقدير شيء مما لم يصرحْ واضع الشريعة بتحديده على الأشياء التي صرح بالتحديد والتقدير، وأن يتحرى تصحيح ذلك حسب غرض واضع الشريعة بالعلة التي شرع في الأمة التي لها شرع، وكل أمة فيها آراء وأفعال، فالآراء مثلاً التي تشرع في الله وفيما يوصف به وفي العالم أو غير ذلك، والأفعال مثل الأفعال التي يعظم بها الله، والأفعال التي تكون بها المعاملات في المدن، ولذلك يتكون علم الفقه من جزئين جزء من الآراء وجزء من الأفعال». وتعريف الفارابي لعلم الفقه مرتبط بعصره، حيث كان الفقه يشمل أصول الدين وفروعه، ولكن المفهوم أصبح بعد ذلك ـ خاصة من خلال الأصوليين الشافعية ـ أكثر ضبطاً وتحديداً، وأصبح علم الفقه يستند

إلى علم الكلام، ولكنه يستقل عنه، لأن علم الكلام مجاله أصول الدين، وعلم الفقه ميدانه فروع الدين، وهو ما يلقي الضوء على تسمية الإمام أبي حنيفة لعلم الكلام بالفقه الأكبر.

والعلوم الدينية لدى «الفارابي» نوعان: نوع يتعلق بنصرة ماجاء به الدين من العقائد والأحكام وتفنيد ما خالفه بالأدلة العقلية، وهذا موضوع علم الكلام، ونوع يتعلق باستنباط قضايا وأحكام من الآراء والأفعال المنصوص عليها في الدين وهو علم الفقه.

ومن هنا جاءت تعريفات علم الكلام مختلفة في المضمون والغايات عن تعريفات الفقه، فعلم الكلام حسب تعريف «التهانوي» له في كتابه المشهور «كشاف اصطلاحات الفنون» «هو علم يقتدر منه على إثبات العقائد الدينية على الغير بإيراد الحجج ودفع الشبه».

فالعقل هنا يدافع عن الدين بالحجج العقلية التي يتساوى أمامها الجميع، المسلم وغير المسلم.

فموضوع علم الفقه إذن الأحكام الشرعية من حيث استنباطها من أدلتها. وكل فقيه يلتزم بما وصل إليه من أحكام، وفق ما أتيح له من أدلة.

المطلب الثاني

العلوم الأساسية لعلم الفقه

علم الفقه لا يعمل وحده، وإنما له عدد من العلوم الضرورية بعضها عقائدي كعلم الكلام، وبعضها لغوي كعلوم العربية من نحو وصرف وبلاغة، وبعضها فقهي وهو ما نشير إليه:

أ ـ علم أصول الفقه:

وهو في أوضح تعريفاته وأدقها «معرفة دلائل الفقه إجمالاً، وكيفية الاستفادة منها، وحال المستفيد». فأصول الفقه إذن تشمل أدلة الأحكام، وقواعد الاستنباط لغوية وفقهية، وحال المستفيد أي المجتهد وشروط الاجتهاد. وصلة علم الفقه بعلم الأصول صلة عضوية «بل إن الفقيه لا يبلغ هذه الرتبة إلا إذا توافر لديه العلم بهذه القوانين والقواعد، فالفائدة من دراسة هذا العلم بالنسبة لمن تهيأت له أسباب الاجتهاد، هي قدرته على استنباط الأحكام الشرعية من الأدلة الجزئية، على أن دراسة الأصول لا تفيد من بلغ مرتبة الاجتهاد وتوافرت له أسبابه فقط، بل إنها تفيد من قصرت همته عن بلوغ هذه الغاية، فاكتفى بدراسة فقه إمام من الأئمة، وكان دوره في هذه الدراسة هو الترجيح والتخريج والدفاع عن المذهب فقط، فدراسة الأصول تمكنه من معرفة الأدلة التي اعتمد عليها إمامه في اجتهاده، وتيسر له الدفاع عن المذهب واستنباط حكم النوازل التي ليس فيها نص للإمام، وذلك بالتخريج على قواعده وأصوله.

ب: علم الخلاف[1]:

علم الخلاف علم إسلامي النشأة، يمكن اعتباره أساساً لعلم المقارنة

---

(١) يراجع في هذا العلم الهام عند المعاصرين الكتب الآتية:

أ ـ محمد تقي الحكيم، الأصول العامة للفقه المقارن، ط دار الأندلس، بيروت، ١٩٦٣،

بين القوانين في الدراسات المعاصرة، وهو علم استقرت قواعده بعد نشأة المدارس الفقهية، والتيارات الاجتهادية، حتى يستطيع كل فريق أن ينتصر لمذهبه، ويعلي أدلة حكامه. ويعرّف الأصوليون هذا العلم بأنه «علم يقتدر به على حفظ الأحكام الفرعية المختلف فيها بين الأدلة، أو هدمها بتقرير الحجج الشرعية، وقوادح الأدلة».

وتراث التصنيف عند المسلمين غني بهذا اللون من المعرفة، وربما كان كتاب «اختلاف الفقهاء» «لابن جرير الطبري» من أوائل ما ألف في هذا العلم، خاصة وأن كثيراً مما يذكره «ابن النديم» في «الفهرست» وكتب تأسيس الشيعة لعلوم الإسلام، لا تقدم لنا كتباً متداولة تسبق ما كتبه «الطبري»، ولكن علم الخلاف تطور بعد ذلك، وبلغ التصنيف مرحلة موسوعية، في كتاب «الإشراف على مذاهب أهل العلم» «لابن المنذر النيسابوري»، وكتاب «الانصاف» «للمرداوي الحنبلي» ويمثل كتاب «شرائع الإسلام» للمحقق «الحلي» دراسة هامة في علم الخلاف والفقه المقارن. وهذه المؤلفات لها منهجها الخاص في عرض الخلافات داخل المذهب الواحد، وبين المذاهب المتباينة، وهي أحياناً تفرق بين آراء رجال المذهب بحسب العصور، وتبين ما أبقاه الاجتهاد الجديد من الاجتهاد القديم، وقد قعّدوا في هذا الصدد قواعد هامة، كما نجد كثيراً من مصنفات الفقه تعنى بذكر أقوال المذاهب الأخرى، فلا تقتصر على عرض آراء المذهب، وهذا نوع من الموازنة الداخلية بين مذاهب النمط الواحد من التشريع، وقد اتجه علم الخلاف إلى الاقتراب من الفقه المقارن، خاصة عندما اشتد التعصب بين المذاهب الإسلامية، سنية وشيعية، بل أصبحت بعض المذاهب السنية تناصب أختها العداء، كما بين الشافعية والأحناف، وبين الأحناف والحنابلة، وبين المالكية والظاهرية، ونشأت

= وهذا الكتاب ـ فيما نعلم ـ أهم كتاب عربي في الموضوع على الاطلاق ونوصي كل طالب بل كل مثقف بقراءته.

ب ـ د. صلاح الدين الناهي: النظية العامة في القانون الموازن وعلم الخلاف، بغداد سنة ١٩٦٨.

بين هذه المذاهب صراعات ومناظرات تذكرها وتؤرخ لها كتب طبقات الفقهاء، ورسائل الجدل والمناظرة، ومن أشهرها الرسائل التي كانت بين الإمام «مالك» إمام دار الهجرة، وبين فقيه مصر «الليث بن سعد»، والمناظرات بين «أبي الوليد الباجي» الفقيه المالكي و«ابن حزم الأندلسي» الفقيه الظاهري؛ ولا شك أن رصد هذه المناظرات وتحليلها يقدم صفحة غائبة ومجهولة من تاريخ الفقه الإسلامي، تكشف عن نموه والقوى الفاعلة فيه، وأثر الزمان والمكان والأعلام عليه. إن دراسة علم اجتماع الفقهّ الإسلامي ـ بأسلوب غير ما يقترحه «شاخت» ـ تقدم صورة أوضح لتياراته، ومذاهبه، وتفسر أسباب انتشار بعض المذاهب، وأسباب انحسار غيرها، ولسنا بذلك ندعو إلى تحكيم البيئة في الفقه، أو إقرار حتمية جغرافية تستبد بالعقل المجتهد، وإنما ندعو إلى النظر إلى الفقه الإسلامي وهو في حالة حركة مع الزمان والمكان، وحوار مع الفكر والإ نسان، ويمثل الإمام «الشعراني» في كتابه «الميزان» محاولة جادة في الاعتراف بأهمية كل المذاهب السنية، واعتمادها في مجال العمل بالأحكام الشرعية، حتى لا يتجاوز التعصب حده، ولا يصل الافتراق المذهبي إلى مداه المذموم.

وهناك فارق كبير بين علم الخلاف وعلم الفقه، فالفقيه غير ملزم بعرض الآراء الأخرى ومناقشتها، وإنما يكتفي بعرض أدلته الخاصة عند استنباط الأحكام، فالفقيه عمله الرئيسي الوصول إلى الحكم حتى يمكن إنزاله على الوقائع المعروضة، أما الخلافي فهو ملزم بعرض مختلف الآراء، وبيان أدلتها، لأن جوهر عمله هو بيان الفروق والاختلافات بين الآراء، ثم الانتصار لها أو عليها. ولكنه يؤثر في تطوير الدراسات الفقهية، وإنارة الطريق أمام الفقيه بأشعة تأتي من خارج مذهبه، ولعل الاقتراب من حقيقة كل مذهب يقرب من شقة الخلاف، ويدعم أدب الاختلاف، ويصبح الباب مفتوحاً أمام رجال الحكم والتشريع، لاختيار الأصلح من آراء الفقه دون الخضوع لمذهب واحد، أو الانغلاق على فكر مجتهد فرد قد يخطىء وقد يصيب.

ج ـ علم المقاصد الشرعية[1]:

يمكن أن نتلمس قبل الشاطبي إرهاصات لعلم المقاصد، فهناك إشارات في «البرهان» للإمام «الجويني»، تبلورت بصورة أوضح في الكتابات الأصولية لتلميذه حجة الإسلام «الغزالي» خاصة في كتابه «شفاء العليل في مسالك التعليل»، فقد تنبه إلى المصالح الكلية، وعرض لفكرة المقاصد العامة، ولكن الإمام «الشاطبي» المالكي هو ـ بحق ـ مؤسس هذا العلم الذي يعد أهم عناصر فلسفة التشريع عند المسلمين، وعلم المقاصد الشرعية، موضوعه القواعد الأصولية القطعية التي تؤخذ بالاستقراء من نصوص الشريعة العامة، وأحكامها الجزئية، ومن استعراض العلل والغايات التي تذكر من هذه النصوص، أو يقتبسها الفقيه لتلك الأحكام.

ودراسة المقاصد الشرعية تقدم فوائد جمة للفقيه:

ـ فهو يفسر النص الشرعي، ويحدد نطاق تطبيقه بما يتفق ومقاصد الشارع، ويحقق المصلحة التي قصد بالنص تحقيقها. وقد سلك الفقهاء من الصحابة والتابعين والأئمة من بعدهم هذا الطريق، فالنص ورد بمنع الخطبة على الخطبة مطلقاً، ففسره الفقهاء وحددوا نطاق تطبيقه في ضوء المصلحة التي قصد به تحقيقها، وهي المحافظة على الأخوة والمودة بين الناس، فقصروا المنع على حالة ما إذا ركنت المخطوبة إلى الخاطب ولم يكن الأخير قد أعرض عن الخطبة، وعلى هذا نجدهم يقررون جواز الخطبة إذا لم تكن المرأة قد ركنت إلى الخاطب، أو كان الخاطب قد أعرض عن الخطبة، لأن المنع في هذه الحالة لا يحقق مصلحة لأحد.

ـ وإذا عرضت على الفقيه واقعة ليس فيها نص حكم للشارع فإنه يعطي هذه الواقعة حكماً يتفق مع مقاصد الشارع، وذلك بأن يكون الحكم

---

(١) بالإضافة إلى ما كتبه «الشاطبي» عن مقاصد الشريعة في كتابه «الموافقات» بحيث يعتبر المؤسس الحقيقي لعلم المقاصد فهناك كتابات معاصرة ينبغي مراجعتها وفي مقدمتها:
أ ـ محمد الطاهر بن عاشور، مقاصد الشريعة الإسلامية، تونس، الشركة التونسية للتوزيع.
ب ـ علال الفاسي، مقاصد الشريعة ومكارمها.

محققاً لمصلحة من جنس المصالح التي دلت النصوص على اعتبارها، ومن ذلك أن الصحابة حكموا بتضمين الصناع السلع التي تتلف بأيديهم، محافظة على الأموال، وحكموا بقتل الجماعة إذا اشتركوا في قتل الواحد، حفظاً للأرواح، وحفظ المال والنفس من المصالح التي لاحظها الشارع في تشريعه، وسار على وفقها في تشريع الأحكام.

- وأخيراً فإن الفقيه يزن الأدلة الجزئية الظنية بمقاصد الشارع التي قامت أدلته على اعتبارها، فما كان منها مخالفاً لهذه المقاصد رده ولم يعتمد عليه في الاستنباط، فقد ردت «عائشة» رضي الله عنها حديث «إن الميت ليعذب ببكاء أهله عليه» لأنه يخالف مقصداً شرعياً دل عليه قوله تعالى: ﴿ألا تزر وازرة وزر أخرى وأن ليس للإنسان إلا ما سعى﴾ وأهمل «مالك» اعتبار حديث «من مات وعليه صوم صام وليه عنه» لمخالفته لهذا المقصد أيضاً[1].

وقد أكد «الشيخ محمد الطاهر بن عاشور» أهمية هذا العلم في كتابه «مقاصد الشريعة الإسلامية» متجاوزاً ما كتبه الأقدمون «كالشاطبي» و«القرافي» و«العز بن عبد السلام». وتناول في كتابه موضوعات هامة في ثلاثة أقسام.

القسم الأول: في إثبات مقاصد الشريعة، واحتياج الفقيه إلى معرفتها، وطرق إثباتها ومراتبها.

القسم الثاني: في المقاصد العامة من التشريع.

القسم الثالث: في المقاصد الخاصة بأنواع المعاملات المعبر عنها بأبواب فقه المعاملات.

وقد اهتم المعاصرون بنظرية المقاصد «عند الشاطبي» وصدرت دراسات، وقدمت أطروحات جامعية، في تحليل نظرية الشاطبي، وبيان مكانتها، وإبراز دورها في التشريع، ولا تزال النظرية في حاجة إلى التعامل

---

(١) د: حسين حامد، أصول الفقه، المرجع السابق، ص ١٤ ـ ١٥.

معها باعتبارها علماً مستقلاً للمقاصد الشرعية يحتل طريقه في سلسلة الدراسات الأصولية، ويجد مكانه في مؤلفات علم الفقه.

د ـ تاريخ الفقه الإسلامي:

الفقه منذ بدأ له تاريخ، وكتب طبقات الفقهاء والأصوليين، ليست إلا دراسة لتاريخ الفقه من خلال أكبر أعلامه وأبرز رجاله، وقد تطور هذا اللون من التأليف، بدأ تاريخاً عاماً للفقهاء منذ عصر الصحابة، وأصبح تأليفاً مذهبياً كما رأينا في «طبقات الحنابلة» «لأبي يعلى الفراء»، و«طبقات الأحناف»، و«الطبقات الكبرى» للسبكي، وهو كتاب في تراجم فقهاء المذهب الشافعي، وقد شمل هذا اللون من التأليف المذاهب العقائدية من شيعة ومعتزلة وأشاعرة، والمذاهب الفقهية من سنية وشيعية، وقد تطور في القرون الأخيرة إلى التأليف العام، بعد أن هدأت حدة الصراع المذهبي، ولعل أقرب النماذج للتأليف العام في هذا الاتجاه ما كتبه العلامة الشيخ «عبد الله المراغي» في كتابه «الفتح المبين في طبقات الأصوليين»، وتاريخ الفقه الإسلامي هو النظر في عهوده المختلفة وما طرأ عليه من أحوال، وما اختلف عليه من رجال، وهذا النظر يستتبع الكلام عن طرق استنباط الفقه للأحكام، وعن العوامل التي أثرت في ذلك، ولونت الفقه بالألوان المختلفة، ويستتبع النظر في الأسباب التي جعلت للفقه الإسلامي مكانته المرعية في القانون والمعاملات، حيناً من الزمن، وفي الأسباب التي انتزعت منه فيما بعد هذه السيطرة وأدت إلى إقصائه، تقريباً، عن الحياة العملية، وقصره على المسائل الشخصية والروحية، ويستتبع النظر في ثقافة رجال الفقه التي أثرت في فقههم، ومدى انتفاعهم بالرواية أو اعتمادهم على الرأي، وبالجملة عن طرق استنباطهم أو تفريعهم، أو تطبيقهم للقواعد العامة على جزئياتها المتعددة، ويستتبع النظر في تآليفهم، وأساليبها المختلفة في عهود الرقي والانحطاط، وما كان لهذه التآليف من أثر في الإحسان إلى الفقه أو الإساءة إليه. هذا هو تاريخ الفقه[1].

---

(١) د. محمد محمد المدني: بحوث في المسائل الفقهية، ص ٢٥٠ ـ ٢٥١.

ويضاف إلى ذلك أن تاريخ الفقه بمعناه الشامل يتناول موضوعاً واسع الأطراف، فيشمل العصر الذي قبل الإسلام من جهة، ويشمل الفقه العملي للأمم الإسلامية من جهة أخرى، فهو كما نرى - وكما يقول علي حسن عبد القادر - يتناول القوانين المتصلة بالشريعة اتصالاً مباشراً، سواء أكان ذلك باندماج هذه القوانين في الشريعة، أو بتأثير الشريعة في هذه القوانين، وهذا ميدان رحب واسع، أدلى فيه المستشرقون بالرأي، وكانت مناهجهم في دراسته بعيدة عما عرفه الإسلاميون من منهج، ونقطة الضعف في أبحاثهم أنهم كانوا غرباء عن التشريع الإسلامي عقيدة ولغة وحضارة، وتمثلوا موقف حضارتهم من الإسلام، فجاءت أبحاثهم تتسم بروح التعصب حيناً، وبسوء الفهم أحياناً أخرى، واتجهت في جزء منها لتحقيق غايات علمية، وفي جزء كبير منها فشلت في الوصول إلى العلم الصحيح، ومن خلال هذه الرؤية توزن كتابات «جولزيهر» و«سخاو» و«سانتيلانا» و«شاخت» و«أندرسون» و«كولسن». ولعل الموازنة بين تاريخ الفقه كما قدمه القدماء، وتاريخ الفقه كما كتبه المستشرقون تكون نقطة البدء في دراسة الفقه الإسلامي من منظور جديد ينفي جمود القدماء وجحود المستشرقين، دون إجحاف بجهود القدماء، ودون تنكر لجهود الغرباء.

هـ - علم القواعد الفقهية:

القاعدة الشرعية حكم كلي ينطبق على معظم جزئياته وتندرج تحته فروع مختلفة، وقد اهتم الفقهاء المسلمون بهذه القواعد، وجعلوا منها علماً، وكتبوا فيها منذ فترة مبكرة، وعلم القواعد الشرعية هو بديل النظريات العامة في الفقه الوضعي، ولذلك جعله الفقهاء علما أصولياً يتعلق بفلسفة التشريع، وكليات الفقه، وقد أشار إلى ذلك «القرافي» بقوله: «الشريعة اشتملت على أصول وفروع وأصولها قسمان: أصول الفقه، والقواعد الكلية الفقهية».

فأصول الفقه يحدد الخطوط العامة، ويرسم المناهج للفقهاء في استنباط الأحكام، أما القواعد الفقهية فهي مجموعة من الأحكام المتشابهة التي تجمع بينها علة واحدة أو ضابط فقهي واحد.

ولا شك في أهمية علم القواعد الفقهية، وقد أفردها بالتصنيف علماء من كافة المذاهب، من الأحناف، نذكر «الكرخي» و«ابن نجيم» ومن المالكية نذكر «المقرّي» و«الونشريشي»، ومن الشافعية نذكر «العز بن عبد السلام» و«جلال الدين السيوطي» ومن الحنابلة نذكر «ابن اللحام»، ولهؤلاء جميعاً كتب مفردة في القواعد، استفاد منها الفقهاء، واستفرغ بعضهم وسعها في كتابة شروح مطولة لها.

وتحتل القواعد الفقهية أهمية خاصة عند كثير من الفقهاء، فيرى الإمام «القرافي» أن هذه القواعد جليلة كثيرة العدد، وأنها مشتملة على أسرار الشرع وحكمه، فمن ضبط الفقه بقواعده استغنى عن حفظ أكثر الجزئيات لاندراجها في الكليات، واتحد عنده ما تناقض عند غيره، وقد غالى «ابن نجيم» في أهمية هذه القواعد ورأى أنها «هي أصول الفقه في الحقيقة، وبها يرتقي الفقيه إلى درجة الاجتهاد ولو في الفتوى».

ولا شك أنها مغالاة، وقد علق عليها الفقيه «الحموي» صاحب كتاب «غمز عيون البصائر في شرح الأشباه والنظائر» «لابن نجيم» قال «الحموي» في شرح عبارة ابن نجيم «أي كأصول الفقه وإلا فليست أصول الفقه فضلاً عن كون ذلك على سبيل الحقيقة».

وعلم القواعد الشرعية يستفيد منه الفقيه من ثلاثة نواح:

الأولى: أن القواعد في كل مذهب تعطي صورة كلية للمذهب، بحيث إن المتمرس بها وبفروع المذهب، يوجد عنده منطق للمذهب، يستطيع به أن يدون مسائله، وأن يدرك مراميه.

الثانية: أن القواعد الفقهية تسهل المقارنة بين المذاهب، فتكون المقارنة بين النظريات لا بين الفروع الجزئية.

الثالثة: أن الذين يغمطون الفقه الإسلامي، ويبخسونه حقه، ويرمونه بأنه حلول جزئية، وليس نظريات كلية يجدون ما يصحح خطأهم، وينير الطريق أمامهم ليسلكوه إن كانوا مخلصين، كما يقول العلامة الشيخ محمد أبو زهرة.

وقد اهتم الفقهاء المتأخرون، وتبعهم المحدثون العناية بالقواعد الشرعية، فقام أبو سعيد الخادمي سنة ١١٥٤هـ في ختام كتابه «مجامع الحقائق» بعمل مسرد يضم عدداً كبيراً من القواعد الفقهية مرتبة ترتيباً أبجدياً، وقد طبع المؤلف منذ قرنين في «البوسنة والهرسك»، وجاءت «مجلة الأحكام العدلية» لتقدم خدمة جليلة لعلم القواعد الفقهية، فقد جعلت مقدمتها تتضمن تسعاً وتسعين قاعدة فقهية مما أدى إلى زيادة البحث في علم القواعد عن طريقين: ـ

الأول: شرح هذه القواعد الفقهية مع شروح المجلة وهي كثيرة منها المطبوع والمخطوط ومن أهمها شروح علي حيدر، ورستم باز، وخالد الأتاسي وغيرهم.

الثاني: الاهتمام بشرح القواعد مستقلة وجعلها موضوعاً لدراسات علمية وأطروحات جامعية، ومن أهم هذه الدراسات شرح الشيخ «أحمد الزرقا» للقواعد الفقهية للمجلة، وأطروحة «علي الندوي» عن «القوعد الفقهية». وسوف يتسع الوقت في هذا المؤلف ـ بإذن الله ـ لعرض نماذج من هذه القواعد وشروحها.

المبحث الثاني

خصائص الفقه الإسلامي

الفقه من عمل المجتهدين، ولكنه ليس نتاج العقل البحت، ولا هو إبداع الفكر المحض، لأن فقه المسلمين له مصادره من إسلامهم، فهو فقه يستنبط الأحكام من النصوص، فالقرآن والسنة هما المرجعية الأصلية لكل مجتهد، والمشروعية العليا لكل الأحكام. وخصائص الفقه الإسلامي يستمدها من مصادرها الأصلية، وتتكون عناصرها من مادة الإسلام ذاته، في مضمونه الثابت، وفي تكاليفه المتغيرة، وفي غاياته المؤثرة.

وينقسم هذا المبحث إلى ثلاثة مطالب: ـ

المطلب الأول: المصدر الإلهي للفقه الإسلامي.

المطلب الثاني: قلة التكاليف ورفع الحرج.

المطلب الثالث: تحقيق مصالح الناس.

المطلب الأول

المصدر الإلهي للفقه الإسلامي

لأنه فقه يعتمد على دين، وعقل ينطلق من نقل، وفكر مقيد بنص، فإلهية المصدر تضفي ثباتاً على مصادر الفقه، وقدسية لأصول التشريع، وتفرض وجودها على الأحكام التكليفية، وهذه السمة الإلهية تنعكس على عالم المسلمين مجتمعاً وتشريعاً.

١ ـ في مجال المجتمع:

يمتاز الإسلام ـ كما يقول العلامة السنهوري ـ «بأنه دين ودولة، وقد أرسل النبيﷺ لا لتأسيس دين فحسب، بل لبناء قواعد دولة تتناول شؤون الدنيا فهو بهذا الاعتبار مؤسس الحكومة الإسلامية، كما أنه نبي المسلمين، وهو كمؤسس حكومة كانت له الولاية العامة على كل من كان خاضعاً لهذه الحكومة، مسلماً أو غير مسلم، وبوصف كونه نبياً لم يكن يطلب من غير المسلمين من الذين تركهم على دينهم الاعتراف بنبوته، ولو أن دعوته عامة شاملة لجميع البشر.

من هنا وجب التمييز بين الدين الإسلامي والدولة الإسلامية، وإن كان الإسلامي يجمع الشيئين، وفائدة هذا التمييز في أن مسائل الدين تدرس بروح غير الروح التي تدرس بها مسائل الدولة، فالدين ينظر إلى العلاقة بين العبد وخالقه، وهذه لا تتغير، ولا يجب أن تتغير، فالخالق سبحانه وتعالى أبدي أزلي، لا يجوز عليه التغيير ولا التبديل، فالعلاقة بينه وبين العبد ثابتة لا تتطور.

أما مسائل الدولة فالنظر فيها يكون نظر مصلحة وتدبير ولها خاصيتان:

الأولى: أنها خاضعة لحكم عقولنا، وقد وهبنا الله تلك العقول، لتميز بين الحسن والقبيح، فالأحكام الدنيوية في مسائل الدولة تنزل على حكم العقل، وتبنى على المصلحة، والعقل هو الذي يهدينا للمصلحة، والعلم اجتماعياً كان أو طبيعياً لا يدرك إلا بالعقل، ولقد كان النبيﷺ يستشير أصحابه من تدبير الشؤون الدنيوية.

الثانية: أن الأحكام في مسائل الدولة تتطور مع الزمان والمكان، فهي تابعة للتطور الاجتماعي الذي يهدينا إليه العلم، وقد سبق أن هذه الأحكام خاضعة للعلم المبني على العقل، فهي تابعة لما يكشفه العلم الاجتماعي من قوانين التطور. الأحكام الدنيوية إذن تتطور، وقد تطورت بالفعل في عصر الرسولﷺ، وما نظرية الناسخ والمنسوخ في القرآن الكريم، والتحريم التدريجي لبعض الأشياء كالخمر واختلاف المذاهب الفقهية، واختلاف أئمة كل مذهب إلا أثراً من آثار هذه الظروف الذي اقتضته المصلحة.

وإذا تقرر أن الإسلام دين ودولة، فالقول مع بعض الكتاب أن رسالة النبيﷺ قاصرة على أمور الدين فقط، وأن شؤون الدنيا ليست مندرجة في تلك الرسالة، القول بهذا التأويل غير صحيح، وإنكار دون دليل لكثير من الحقائق التاريخية الثابتة، ولئن صح أن النبي عليه السّلام كان في مكة نبياً فحسب، فلقد كان في المدينة بالإضافة إلى ذلك زعيم أمة ومنشىء دولة. ولقد كان عليه السّلام يجعل لأوامره ونواهيه ـ وهي ولا شك من عند الله ـ جزاء يصيب الناس في أنفسهم وأموالهم في هذه الدنيا، ولم يقتصر على مجرد الوعيد والوعد بالثواب والعقاب في الحياة الأخرى[(1)].

٢ ـ في مجال التشريع:

ولأن الفقه الإسلامي إلهي المصدر، فإن الاستجابة لخطاب التكليف فيه مما يستجيب له الفرد طائعاً مختاراً امتثالاً لأمر خالقه، وحتى العاصي

(١) د. عبد الرزاق السنهوري: محاضرات في شرح لائحة ترتيب المحاكم الشرعية، مطبعة السماح الناهي، سنة١٩٢٧ من ص ٣ ـ ٦.

فإنه يحس بقلق داخلي يملك عليه نفسه، فيعض بنانه الندم على ما فرط في جنب الله، ومن هنا كان لكل حكم شرعي مظهران: مظهر ديني، ومظهر قضائي، والحكم ديانة يقصد به الحساب أمام الله. والحكم قضاء يقصد به سلطة ولي الأمر في اقتضاء حقوق الله والعباد.

وقد يوجد المظهران معاً فيكون المرء معاقباً قضاء وديانة، ومثاله السارق يعاقب قضاء بحد أو تعزير، ويحاسب ديانة أمام الله على خطيئته، وقد يكون الفعل معاقباً عليه ديانة لا قضاء كالرغبة في إيذاء الناس، لأنه أمام القضاء لا عقاب على النوايا، أما في محكمة السماء فإنما الأعمال بالنيات، وقد يكون الحساب على الفعل قضاء لا ديانة، فالمخطىء في الطلاق يقع طلاقه قضاء لا ديانة.

بل إن المصدر الإلهي للفقه الإسلامي ينعكس في البناء التشريعي في مجال آخر، وهو تقسيم الأصوليين الحقوق إلى حق الله، وحق العبد، وحق مشترك ولكن حق الله غالب، وحق مشترك، ولكن حق العبد غالب، هذا التقسيم الذي يصلح أن يكون أساساً للتفريق بين القانون العام والخاص، ما كان له أن يظهر في الفقه الإسلامي، لولا المصدر الإلهي له.

المطلب الثاني

قلة التكاليف ورفع الحرج

١ ـ قلة التكاليف:

التكاليف في الإسلام مرتبطة بالوسع والطاقة، فلا تكليف بما لا يطاق عند جمهور المتكلمين والفقهاء، فلم تثقل الشريعة كواهل أتباعها بالأوامر والنواهي، ولم تسرف في الزواجر والعقوبات، وإنما سلكت طريقاً وسطاً لاعنات فيه بكثرة التكاليف، ولا إرهاق فيه بتزاحم الأوامر.

وفي حادثة الإسراء والمعراج، رجع الرسولﷺ إلى ربه مرات من أجل تخفيف الصلوات على أمته من خمسين إلى خمس، وقد خاطب الله تعالى المؤمنين تأكيداً لرأفته ورحمته بهم **﴿يا أيها الذين آمنوا لا تسألوا عن أشياء إن تبدلكم تسؤكم، وإن تسألوا عنها حين ينزل القرآن تبد لكم، عفا الله عنها والله غفور رحيم، قد سألها قوم قبلكم ثم أصبحوا بها كافرين﴾**، وفي صحيح مسلم برواية أبي هريرة قال: خطب رسول اللهﷺ أصحابه فقال: «قد فرض الله عليكم الحج فحجوا، فقال رجل: أكل عام يا رسول الله؟ فسكت حتى قالها ثلاثاً، ثم قال: لو قلت نعم لوجبت، ولما استطعتم، ثم قال: ذروني ما تركتكم، فإنما هلك من كان قبلكم بكثرة سؤالهم، واختلافهم على أنبيائهم، فإذا أمرتكم بشيء فأتوا منه ما استطعتم، وإذا نهيتكم عن شيء فدعوه».

كذلك جاء في صحيح مسلم برواية عامر بن سعد بن أبي وقاص رضي الله عنهما، أن رسول اللهﷺ قل: «إن أعظم المسلمين من المسلمين جرماً من سأل عن شيء لم يحرم على المسلمين فحرم عليهم بسبب مسألته».

وهذه النصوص صريحة في دلالتها على أن التكاليف التي جاءت بها

الشريعة الإسلامية قليلة، ميسور فهمها وتنفيذها، فالصلاة مثلاً لا ترهق المسلم، ولا تشغل وقته في كل يوم إلا لحظات، وهي من حقوق الله، لذلك قال الفقهاء إن عقد العمل الذي يستوعب اليوم كله لا يرد على مواقيت الصلاة.

وكذلك لا تجب الصلاة على الحائض، ولا النفساء طوال مدة الحيض والنفاس، ولا تقضي المرأة بعدها، فالتكليف خلال هذه الفترة مرفوع، والصوم لا يعدو أن يكون شهراً كل عام، والزكاة لا تجب إلا مرة في العام، والحج لا يجب إلا مرة في العمر ولمن استطاع إليه سبيلاً، بل إن نطاق التحريم يضيق فلا يشمل إلا الخبيث والضار من قول أو فعل أو أكل، ويبقى ما وراء ذلك وهو ما لا يتناهى حلاً للمسلمين، ﴿**قل من حرم زينة الله التي أخرج لعباده والطيبات من الرزق**﴾.

فقلة التكاليف تجعلها في دائرة المقدور الإنساني، بحكم طبيعة البشر وجبِلّتهم، وهكذا يلتقي التكليف الجزئي بالقاعدة الإسلامية العامة حيث لا يكلف الله نفساً إلا ما آتاها.

٢ ـ رفع الحرج:

رفع الحرج عن الأمة أفراداً وجماعات من خصائص هذه الأمة تشريعاً وفقهاً، فلا يكفي عدم التكليف بما لا يطاق، ولا يسر التكاليف وقلتها، بل إن التكاليف ذاتها قد يضيق بها المرء لضرورة عامة أو خاصة، أو لحاجة ملحة تنزل منزلة الضرورة، هنا تبدأ الرخص في العمل، وتظهر البدائل الشرعية للعزائم، تحقيقاً لقول الله تعالى: ﴿**يريد الله بكم اليسر ولا يريد بكم العسر**﴾ وقوله: ﴿**ما يريد الله ليجعل عليكم من حرج**﴾ وقوله: ﴿**وما جعل عليكم في الدين من حرج**﴾ وقوله: ﴿**يريد الله أن يخفف عنكم**﴾ وقوله: ﴿**ويضع عنهم إصرهم والأغلال التي كانت عليهم**﴾.

فالطاعة تكون في اليسر بامتثال التكليف، وفي العسر بالرحمة والتخفيف، وقد طبق الرسول هذه المبادىء في واقع المسلمين، قالت عنه أم المؤمنين عائشة في رواية البخاري: «ما خير رسول الله ﷺ بين أمرين قط

إلا أخذ أيسرهما ما لم يكن إثماً، فإن كان إثماً كان أبعد الناس منه، وما أنتقم رسول الله ﷺ لنفسه من شيء قط، إلا أن تنتهك حرمة الله، فينتقم بها لله، وقوله ﷺ: «يسروا ولا تعسروا، وسكنوا ولا تنفروا».

وفي الفقه الإسلامي تطبيقات كثيرة لهذه المبادىء العامة منها[1]:

أ ـ الترخيص للعاجز عن القيام أن يصلي من جلوس.

ب ـ الترخيص للعاجز عن القيام والجلوس معاً من أن يصلي وهو مستلق على جنبه، أو على ظهره أو حسب استطاعته.

جـ ـ الترخيص للمسافر بقصر الصلاة الرباعية.

د ـ الترخيص له كذلك بجمع صلاتين مشتركتين كالظهر مع العصر، والمغرب مع العشاء جمع تقديم أو جمع تأخير.

هـ ـ إباحة الفطر في نهار رمضان للمسافر والمريض على أن يقضيا بعد رمضان، وإباحة الفطر للعاجز والذي يشق عليه الصوم لمرض أو كبر، وليس عليه قضاء، بل تكفيه الفدية، وهي إطعام مسكين كل يوم.

و ـ الإكتفاء بالتيمم عن الوضوء عند فقد الماء، وعند العجز عن استعماله في حالة وجوده.

- ومن بينها إباحة أكل لحم الميتة، وشرب الخمر، للمضطر تطبيقاً لقاعدة «الضرورات تبيح المحظورات.
- ومن بينها سقوط فريضة الحج عمن لا يأمن في الطريق إليه على نفسه أو ماله.

والأمثلة كثيرة، وكلها تدل على أن رفع الحرج قاعدة عامة، وتوجد تطبيقاتها في كل أقسام الفقه الإسلامي عبادات ومعاملات، مناكحات وعقوبات.

---

(١) د. مصطفى زيد: فلسفة العبادات في الإسلام، مكتبة دار العلوم، القاهرة سنة ١٩٧٦، ص ١٢ ـ ١٤.

وفي إجمال، نستطيع أن نجد في أحكام الشريعة الإسلامية أنواعاً من التخفيف يمكن حصرها في سبعة أنواع هي:

- إسقاط العبادة المفروضة في حالة قيام العذر، كسقوط الحج عند عدم الأمن.
- النقص من العبادة المفروضة، كقصر الصلاة من أربع ركعات إلى اثنتين لعذر السفر
- الإبدال: كالاكتفاء بالتيمم عن الوضوء وعن الغسل، عند عدم وجود الماء، أو العجز عن استعمال.
- التقديم: كجمع العصر مع الظهر جمع تقديم في عرفات بأذان واحد لصلاة الظهر، وإقامتين ثانيتهما لصلاة العصر.
- التأخير: كجمع المغرب مع العشاء، في أول العشاء، وذلك في مزدلفة لأن من سنة الحج فيها أن يبيت الناس بها، وأن يجمعوا بين المغرب والعشاء، في أول وقت العشاء.
- التغيير: كتغيير نظام الصلاة وقت الخوف.
- الترخيص: كالتظاهر بالكفر عند التهديد بالقتل، ولا يترتب عليه الكفر.

إن فقه البدائل الشرعية، بما فيه من رخص، وبما يقوم عليه من قواعد وبما قدمه من نظريات خاصة بالضرورة الشرعية، ورفع الحرج، وسد الذرائع، ونظرية الحيل، كل ذلك يؤكد مرونة التشريع الإسلامي، وصلاحيته لكل زمان ومكان، وقدرته حكم الإنسان، رغم النصوص المتناهية والوقائع المتجددة واللامتناهية، على حد تعبير «الشهرستاني» في كتابه «الملل والنحل».

المطلب الثالث

تحقيق مصالح الناس

الشريعة لا يراد بها إلا تحقيق مصالح الناس، ويجري الفقه الإسلامي على أنه حيث توجد المصلحة فثم شرع الله، وكما يقول العلامة الشيخ عبد الوهاب خلاف، فإن تحقيق مصالح الناس هو المقصود من كل حكم شرع في الإسلام. والبرهان على ذلك أن مصالح الناس تتحقق بحفظ ضرورياتهم، وحاجياتهم، وكمالياتهم، فإذا توافرت للناس ضرورياتهم التي لا تقوم حياتهم إلا بها، وحاجياتهم التي لا يرتفع عنهم الحرج وضيق العيش إلا بها، وكمالياتهم التي لا تجمل حياتهم ولا تحلو إلا بها، فقد تحققت مصالحهم وسارت على نهج مستقيم، ومن استقرأ أحكام الشريعة الإسلامية في كل نوع من أنواعها، واستقرأ مقاصد الشارع من هذه الأحكام، تبين له أن كل حكم شرعه الله لا بد أن يكون المقصود منه حفظ واحد من هذه الثلاثة: ضروريات الناس وحاجياتهم وكمالياتهم، أي حفظ مصالح الناس.

١ ـ **المصلحة الضرورية**: وهي التي لا بد منها في قيام مصالح الدين والدنيا، بحيث إذا فقدت لم تجر مصالح الدنيا على استقامة، بل على فساد وموت حياة، وفي الآخرة فوت النجاة والنعيم. وقد أثبت الفقهاء بالاستقراء أن هذه الضروريات خمسة هي: حفظ الدين، وحماية النفس، ورعاية النسل، وصيانة المال، وبقاء العقل. وشرح الإسلام لكل واحد من هذه الضروريات الخمسة أحكاماً تكفل لها كل وسائل الحماية والبقاء والاستمرار، والتكاليف الشرعية تتجه في المحافظة عليها وجهتين.

الأولى: إقامة هذه الضروريات، بتحقيق أركانها، وتثبيت قواعدها.

الثانية: درء الخلل الواقع أو المتوقع عليها.

وفي النظام العقابي الإسلامي، حدود وتعازير تحمي هذه الضروريات، فعقوبات الردة والجهر بالكفر وسب الرسول جاءت لحماية الدين، والقصاص والديات جاءت لحماية النفس، والرجم والجلد شرعاً حماية للنسل، والقطع والتعزير في السرقة حماية للمال، والجلد والتعزير في الخمر والمسكرات حماية للعقل، ورعاية المصالح الضرورية في الإسلام لا يحميها النظام الجنائي فحسب، فهذا للردع العام والخاص فقط، ولكن أنظمة الإسلام كلها جاءت لتحمي هذه المصالح ابتداء وبقاء، فالعبادات جاءت كلها ليبقى جوهر الدين صافياً حيث تتأكد صلة الإنسان بخالقه، ولذلك كان الأصل في العبادات التحريم حيث لا يعبد الله إلا بما شرع، وأنظمة البيوع والتجارة والزكاة جاءت كلها حماية للمال، ونظام الزواج وأحكام الأسرة جاءت كلها لحماية النسل، وضرورة العلم، وتكليف الإنسان بالبحث والمعرفة لقراءة كتاب الكون، كل ذلك من أجل توظيف العقل واستمرار دوره الفاعل في الحياة.

٢ ـ المصلحة الحاجية:

وهي ترجع في الأساس إلى رفع الحرج عن الناس، وتخفيف أعباء الحياة وتكاليفها، خاصة وأن الرسولﷺ قد بعث بالحنيفية السمحة، وجاء القرآن يؤكد ذلك في آيات كثيرة منها قوله تعالى: ﴿**يريد الله بكم اليسر ولا يريد بكم العسر**﴾ ومنها ﴿**ما جعل الله عليكم في الدين من حرج**﴾.

فالمصلحة هنا لا يتوقف عليها أمر الدين والنفس والنسل والمال والعقل، ولكن الحياة بدونها تشق، والحرج عند فقدانها يعم.

وقد مثل الأصوليون لهذا القسم من المصالح في العبادات بالرخص المخففة للمشقة التي تلحق السفر والمرض، كالفطر في الصوم، والقصر في السفر. وفي العادات إباحة الصيد، والتمتع بما زاد على الضرورة في الطيبات، مأكلاً ومشرباً وملبساً ومسكناً ومركباً. وفي المعاملات بالقراض

والسلم، وفي الجنايات بالدية على العاقلة وتضمين الصناع.

فهذه الأحكام لا تحمي مصلحة ضرورية، ولكنها تكمل حفظ هذه المصالح، بإزالة الحرج ورفع المشقة.

٣ ـ المصلحة الكمالية:

وهي في جوهرها تتعلق بعادات الناس وأخلاقهم، فتهذب الأخلاق، وتحسن العادات، وتجملها، فوجودها هو سياج للمحاسن ضد المساوىء، وقد مثل الأصوليون لهذا القسم في العبادات بالطهارة، وستر العورة، وأخذ الزينة في الصلاة، والتقرب إلى الله بالنوافل، وفي العادات بآداب الأكل والشرب.

وهذه الأحكام كلها تمثل سياجاً للفضيلة، ويقصد بها حفظ المروءات بين الناس، والسير بهم في طريق الكمال، وفي ذلك يقول القرآن الكريم: **﴿ولكن يريد ليطهركم، وليتم نعمته عليكم﴾**. ويقول ﷺ: «إنما بعثت لأتمم مكارم الأخلاق».

ولكل من هذه الأنواع الثلاث مكملات، ففي الضروريات لما شرعت الصلاة لحفظ الدين، شرع مكملاً لذلك إعلان الصلاة وإقامتها جماعة، ولما شرع القصاص لحفظ النفس، شرعت المساواة في القصاص مكملة لذلك حرصاً على بلوغ المقصود من غير إثارة العداوة، ولما شرع الزواج وحرم الزنا محافظة على النسل، شرع مكملاً لذلك اعتبار الكفاءة بين الزوجين، لأنه أدعى إلى حسن العشرة، وحرمت الخلوة بالأجنبية سداً للذريعة.

وفي الحاجيات: لما أبيح قصر الصلاة للسفر كمل ذلك بجواز الجمع بين الصلاتين، ولما أبيح تزويج الصغيرة، كمل ذلك باشتراط الكفاءة ومهر المثل، ولما أبيح البيع كمل ذلك بمشروعية الشهادة عليه، وهكذا.

وفي الكماليات: لما وجبت الطهارة كمل ذلك بما ندب فيها من المستحبات، ولما شرعت الأضحية كمل ذلك بالندب إلى اختيار الضحية.

وفي الحقيقة فإن هناك ترابطاً بين هذه الأنواع من المصالح بحيث يكمل بعضها بعضَاً، فالكماليات تعد في جملتها مكملة للحاجيات، والحاجيات تعد مكملة للضروريات، ولهذا كانت الضروريات أصلاً للمقاصد الشرعية كلها.

وقد أفاض الإمام «أبو إسحق الشاطبي» في أول الجزء الثاني من كتابه «الموافقات» في إثبات هذا الأصل بما لا مزيد عليه، وبعد أن أتى من أحكام الشريعة وحكم تشريعها بما يدل على أن كل حكم شرعي روعي في تشريعه حفظ واحد من هذه الثلاثة التي تؤلف مصالح الناس، قال ما نصه: «إن الظواهر والعمومات، والمطلقات والمقيدات، والجزئيات الخاصة من أعيان مختلفة، ووقائع مختلفة، في كل باب من أبواب الفقه، وكل نوع من أنواعه يؤخذ منها أن التشريع دائر حول حفظ هذه الثلاث التي هي أساس مصالح الناس».

وعلى هذا الأصل تفرعت المبادىء التشريعية الخاصة بدفع الحرج، ورفع الضرر، لأن الشريعة التي يقصد بها تحقيق مصالح الناس لا تقر ضرراً ولا حرجاً، وهذه المبادىء العشرة هي:

الضرر يزال شرعاً ـ الضرر لا يزال بضرر ـ يتحمل الضرر الخاص لدفع الضرر العام ـ يرتكب أخف الضررين لاتقاء أشدهما ـ دفع المضار مقدم على جلب المصالح ـ الضرورات تبيح المحظورات ـ الضرورات تقدر بقدرها ـ الحاجات تنزل منزلة الضرورات في إباحة المحظورات ـ الحرج مرفوع شرعاً ـ المشقة تجلب التيسير.

ومن هذا الأصل الأول والمبادىء التشريعية التي تفرعت عنه، لا يبقى ريب في أن أحكام الشريعة الإسلامية هي لتحقيق مصالح الناس، وأن كل تقنين تقتضيه ضرورة أو حاجة للناس، أو تحسين لحالهم فهو تقنين شرعي.

المبحث الثالث

أصالة الفقه الإسلامي

يأبى الغربيون إلا أن يتصف جنسهم بعبقرية مزعومة، وتأتي نظرة الاستشراق إلى الإسلام عقيدة وشريعة وفقهاً، وكأنه مجرد وضعية بشرية، أغلب أحكامها عارية مستردة، فهم يرجعونها إلى القوانين الرومانية حيناً، وإلى التأثيرات اليهودية والمسيحية في أحيان أخرى.

ويعبر عن ذلك المستشرق المجري «جولد تسيهر» في مؤلفه المعروف «العقيدة والشريعة في الإسلام» عن هذا الموقف في وضوح وجلاء وهو يتحدث عن الإسلام بقوله:

«فمحمد مؤسسه لم يبشر بجديد من الأفكار، كما لم يحدثنا أيضاً بجديد فيما يتصل بعلاقة الإنسان بما هو فوق حسه وشعوره باللانهاية، فتبشير النبي العربي ليس إلا منتخبات من معارف واراء دينية عرفها أو استقاها بسبب اتصاله بالعناصر اليهودية وغيرها، التي تأثر بها تأثراً عميقاً، والتي رآها جديرة بأن توقظ عاطفة دينية عند بني وطنه،... لقد تأثر بهذه الأفكار تأثراً وصل إلى أعماق نفسه، وإدركها بإيحاء لا بوحي، كما صار يعتبر هذه التعاليم التي أخذها عن العناصر الأجنبية وحياً إلهياً»[١].

وعلى الرغم من وجود مثل هذه الشبه في التراث اللاهوتي المسيحي واليهودي، وهو يواجه علم الكلام الإسلامي، إلا أنها في جوهرها كانت تتعلق بالجانب العقائدي لا الفقهي. وقد بدأت هذه الشبهات يروج لها الاستشراق في العصر الحديث، في بداية النصف الثاني من القرن التاسع عشر.

---

(١) جولد تسيهر: العقيدة والشريعة في الإسلام، ترجمة محمد يوسف موسى وعبد الحليم النجار، دار الكتاب المصري، القاهرة، ١٩٤٥، ص ٦ وما بعدها.

وينقسم هذا المبحث إلى ثلاثة مطالب: ـ

المطلب الأول: مزاعم الاستشراق

المطلب الثاني: حقيقة القانون الروماني

المطلب الثالث: أثر الإسلام في الأديان الأخرى

المطلب الأول

مزاعم الاستشراق

أول زعم بتأثير القانون الروماني في الشريعة الإسلامية، يعود إلى محام إيطالي، كان يعيش في الاسكندرية ويترافع أمام محاكم الاستئناف المختلطة، وأصدر كتاباً بالإيطالية عام ١٨٥٦م عن «الحقوق العثمانية العامة والخاصة»، والعجيب أن هذا المحامي الإيطالي واسمه «دومنيكو غاتيسكي» لم يكن يعرف العربية ولا التركية، ومع ذلك أشار في كتابه إلى أشباه ونظائر بين قانون «جوستنيان» الامبراطور البيزنطي وبين الشريعة الإسلامية، وزعم - لأول مرة - أن القواعد الفقهية الرومانية دخلت إلى الإسلام بسهولة في زي الأحاديث الموضوعة التي نسبت إلى محمدﷺ، ومنذ ذلك التاريخ ١٨٥٦م والمؤلفات الاستشراقية تترى لدعم هذه الدعوى، . ومحاولة تأكيدها بأدلة هي في حقيقتها موقف من الإسلام، ولا صلة لها بقواعد الإثبات العلمية.

وبينما جاء ذكر التأثير الروماني في الشريعة الإسلامية على استحياء عند «غتيسكي»، يصبح ادعاءً شاملاً عند «شيلدون آموس» والذي يذكر في كتاب له باللغة الانجليزية عن «تاريخ القانون المدني لروما وأصوله» أنه «من المحتمل بل من الضروري، ألا تكون الأصول المهمة والقواعد العامة الإسلامية شيئاً غير حقوق الامبراطورية الرومانية في ثوب عربي، ونرى أن مدارس الحقوق الرومانية، والحكام العدليين، والعمال الإداريين الذين انكبوا على دراسة هذه الحقوق، كانوا موجودين في البلدان التي نشأ فيها نظام الفقه الإسلامي، بما فيه من الأحكام والأفكار الراقية، وحيث يوجد مزيج عجيب، فأحياناً بالموافقة، وأحياناً بالمخالفة، مع الأصول الأساسية للحقوق الرومانية المتأخرة فإذا فكرنا في هذه الحقيقة، فلا بد من أن نصل إلى نتيجة هي: أن نظام الفقه الإسلامي لم يكن إلا نظام الحقوق الرومانية

مع تغيير يسير جداً، وفي الحقيقة يظهر أن الفقه الإسلامي ليس إلا نظام الحقوق الموجودة عند الامبراطورية الرومانية الشرقية، المطبقة على حاجات الإدارة الإسلامية».

هذه هي الدعوى ـ دعوى تأثير القانون الروماني في الفقه الإسلامي ـ بدءاً من ظن خافت إلى موقف ثابت، وانقسم المستشرقون إلى فريقين أساسها مسالك التأثير:

الفريق الأول: ومنه «جولد تسهر» في كتابه «العقيدة والشريعة في الإسلام» و«سانتيانا» في مقدمة مجلة الالتزامات التونسية» و«كريمر» في كتابه «الحضارة العربية». وهؤلاء يرون أن الحقوق الرومانية دخلت إلى الفقه الإسلامي، من خلال المدارس القانونية الرومانية، والتي كانت قائمة في بيروت والاسكندرية، وأيضاً من خلال المحاكم الرومانية التي لم يتوقف عملها إبان الفتح الإسلامي، ويقول البعض أن بعض كبار الفقهاء المسلمين تتلمذ على بعض هذه المدارس، ويشير «كريمر» إلى «الأوزاعي» فقيه الشام باعتباره أحد التلاميذ في مدرسة الحقوق الرومانية ببيروت.

الفريق الثاني: ومن أبرز أعلامه العلامة «إدوارد لامبير»، أحد أساطين القانون الفرنسي الحديث، والأستاذ الأول للقانون المقارن، وكان أستاذاً ومديراً في مدرسة الحقوق الملكية في مصر، وأشرف على رسائل عدد كبير من الدارسين العرب للحقوق من فرنسا، خاصة المصريين، ومنهم «محمود فتحي» صاحب رسالة «التعسف في استعمال الحق في الشريعة الإسلامية» و«محمد كامل مرسي» صاحب رسالة «تطور الملكية العقارية في مصر» و«عبد السلام ذهني» صاحب رسالة «الرقابة على أعمال السلطات العامة» و«عبد الرزاق السنهوري» صاحب رسالة «الخلافة وتطورها» وغير هؤلاء من الدارسين. ويرى الفريق الذي يمثله العلامة «لامبير» في كتابه «وظيفة القانون المدني المقارن» أن الفقه الإسلامي تأثر بالقانون الروماني عن طريق القانون اليهودي، وأن التلمود قد لعب دوراً مهماً في تكوين الأعراف العربية والقوانين الجاهلية، ولما كان القانون اليهودي يحمل في ثناياه كثيراً من القواعد الفقهية الرومانية من أحكام ونظم العقاب، فقد دخلت هذه القواعد

إلى الفقه الإسلامي عن هذا الطريق.

وقد جمع الأب «لامنس» بين الطريقين فقال في معرض حديثه عن الفقهاء إنهم «كانوا فوق صفتهم القضائية أو الفقهية، لاهوتيين وأخلاقيين تحيطهم الشريعة الإلهية بإطار خاص، يشير إلى أنهم مفسروا تلك الشريعة السامية، هذا في أول الأمر، ثم أخذ القوم يميزون بين «المتكلم» أو اللاهوتي المهتم بقواعد الإيمان، و«الفقيه» العاكف على درس الحق الوضعي أو الواجبات، ذاك الحق الذي تأثر في بعض أقسامه بالحقوق الأجنبية، كالحق التلمودي البادي أثره خصوصاً منذ هجرة الرسولﷺ إلى المدينة، والحق البيزنطي الذي كان منتشراً في أنحاء سورية ومصر عندما وصل إليها العرب، على أن اختراع الأحاديث[١] مكن الفقهاء، من أن ينسبوا إلى النبي أو إلى كبار الصحابة كل المقتبسات الأجنبية، ثم أتى الإجماع فأدخل كل هذه العناصر الغريبة، ومزجها بغيرها من العناصر الأصلية الوطنية، فألف منها مجموعاً متماسكاً»[٢].

ولم يعد هذا الموقف مجرد رؤية عدائية للفقه الإسلامي بل إنه نما وتطور إلى منهج في الدراسة، ونمط في التفكير، وأصبح يشكل العقلية الإستشراقيه في دراسة الفقه الإسلامي. والتي تقوم على عنصرين:

العنصر الأول: رفض الإسلام، بإنكار أصوله الأساسية، القرآن والسنة، فالقرآن عندهم ليس وحياً، والسنة عندهم مجرد أعراف وضعت في القرن الثاني الهجري.

وقد انتقد الأستاذ «مييه» في كتابه «مقدمة لدراسة الشرع الإسلامي» النظر إلى الإسلام من خارجه وقال: «إن الفكر الإسلامي مكون من عين النواة العقلية التي يتكون منها قانوننا، . . . ولكن ينبغي على العقل الأوربي أن يخرج من ذات نفسه، وأن يجتاز العقبة التي تفصله عن المجرى

---

(١) هذا ما يزعمه «لامانس» وغيره، وهو هنا تلميذ وفي لـ«جولد تسهير» في هجومه على السنة.

(٢) الأب لامانس: الفقه الإسلامي: تاريخ وتطوراته، ص ٢٤ ـ ٢٥.

الإسلامي، وأن يتمثل الإسلام بعض الشيء، وأن يألف مصطلحاته وأسلوبه في البحث وأن يكتشف المحور الموجه للتفكير الإسلامي، ويقتفي أثره ليتمكن من النفاذ إليه وترجمته، ونقله إلى خطة الغرب بدلاً من إقحام ما ألفناه من المعاني على الإسلام»[1].

العنصر الثاني: إنكار أصالة الفقه الإسلامي: أو كما يقول «شاخت» ـ في دراسته للشريعة الإسلامية ـ: تمتاز المراحل الأول من تطور القانون الديني الإسلامي بتقبل عناصر أكثر ما تكون تنوعاً، فالطبقة السفلى فيه ليست إسلامية الأصل إلى حد كبير». وهذا المنهج يستبعد العقيدة من مجال الشريعة، ويدرسها بمنهج اجتماعي تاريخي محض، فهذه المدرسة الأوربية ـ كما يقول شاخت نفسه ـ لا تقف عند حدود الشريعة ـ يقصد الإسلام ـ بل تتجاوزها أبحاثها إلى وجهات عدة، فتتناول القوانين الأخرى المتصلة بالشرع الإسلامي اتصالاً مباشراً، سواء أكان ذلك باندماج سنن تلك القوانين في الشريعة الإسلامية، أم كان بتأثير الشريعة من تلك القوانين والسنن، والمقصود بذلك قوانين العرب أيام الجاهلية من جهة، وقوانين الشعوب التي دخلت الإسلام من جهة أخرى، . . . ويتناول الدرس أيضاً موضوعاً واسعاً هو العرف القائم بين الشعوب الإسلامية.

---

(١) Louis milliot, interoduction à l'etude de droir musulman, 1953

المطلب الثاني

حقيقة القانون الروماني

لقد عرضنا باستفاضة دعوى تأثر الشريعة الإسلامية بالقوانين الرومانية، وتركنا المستشرقين يتحدثون عن منهجهم في دراستهم، وهم يعتمدون في زعمهم على أمرين.

الأول: أسبقية القواعد الرومانية والشرائع اليهودية والمسيحية على الفقه الإسلامي.

الثاني: وجود الأشباه والنظائر بين بعض النظم الإسلامية، وبعض الأحكام الفقهية، عند مقارنة هذه النظم والأحكام بالقواعد الرومانية والأحكام الدينية السابقة على الإسلام.

وسوف نناقش هذا الزعم من اتجاهين:

الأول: من ناحية القانون الروماني، في هذا المطلب.

الثاني: من ناحية الشرائع الدينية، في المطلب الذي يليه.

القانون الروماني:

يتجه البحث المعاصر في تاريخ القانون، إلى تأكيد اختفاء الشريعة الرومانية القديمة في القرن السادس الميلادي اختفاء يكاد يكون تاماً، ولم تعد إلى الظهور بعد ذلك إلا في القرن الثاني عشر الميلادي.

ويتفق المؤرخون على أن القانون الروماني الحديث، الذي ظهر في أوربا في القرن الثاني عشر ليس هو القانون الروماني الحديث، لا في جوهره ولا في نصوصه ومواده.

أ ـ فالقانون الروماني القديم قانون وحشي في عقوباته، مادي في

معاملاته، يؤكد ذلك ما جاء في كتاب العلامة «موسيهم» الجرماني في «تاريخ الكنيسة»، وقد ترجم الكتاب إلى العربية، ونشر في بيروت أواخر القرن التاسع عشر، وقد جاء في هذه الترجمة في الحوادث الواقعة في القرن التاسع، في العدد الثالث من الفصل الرابع من القسم الثاني ما نصه «وكان في تصرفات المسيحيين المدنية والشخصية، وخاصة فيما بين اللاتينيين، عوائد كثيرة مأخوذة من الوثنية القديمة، لأن شعوب البرابرة الذين تنصروا لم يسمحوا بأن تسلب منهم عوائد سلفائهم وقوانينهم ولو كانت مخالفة للقوانين المسيحية، بل إنهم جذبوا آخرين من الشعوب الذين امتزجوا معهم إلى هذه المنكرات، وعندنا شاهد قادح عن الطريقة المعروفة من توضيح الحق والبر في الملل المدنية القديمة، بواسطة الماء البارد، وبالمصارعة وبالحديد المحمى كالجمر، وبالصلب، وبطرق أخرى عرفها اللاتينيون في هذا القرن والذي بعده».

وظلت هذه الشرائع الجائرة هي مدار الفصل في القضايا الدينية والمدنية إلى القرن الحادي عشر الميلادي، فلو كانت عند الأمة الرومانية شريعة أخرى غيرها لما لجأوا إليها.

ب ـ لما شكا الرومان جور شرائعهم، وظلم قضاتهم، سعى واحد من كبار علمائهم ورجالات الدين فيهم وهو البابا «سلفستر الثاني» ومعه جماعة من محبي العدل والنور ومعهم بعض ملوك أوربا، سعى هؤلاء إلى الأندلس، وكانت القوانين هي أهم ما يحتاجونه لرفع الظلم، ودفع القهر، وتنحية القوانين الوحشية عن العمل، فأعدوا مجموعة أخذت عن الفقه الإسلامي لتكون قانون بلادهم، بعد التعديل الذي يناسب عقائدهم وبيئاتهم، وحتى لا يتهم هؤلاء بالكفر والزندقة، وحتى لا ترد العصبية الدينية ما جاءوا به من إصلاح نسبوها إلى الامبراطور البيزنطي «جستنيان»، وأعلن الملك «لوثاريوس» سنة ١١٣٧م اكتشاف مجموعة الحقوق الرومانية الشهيرة، ولم تكن إلا الفقه الإسلامي في ثوب لاتيني، وقد نقل البعض رسالة كتبها «أبو العباس الكركي» من تلامذة «بهمنيار» وهو أحد تلاميذ الشيخ الرئيس «ابن سينا» جاء فيها «أن طلبة العلم من الافرنج الذين كانوا

يسافرون إلى غرناطة لطلب العلم اهتموا كثيراً في نقل فقه الإسلام إلى لغتهم لعلهم يستعملونه في بلادهم لرداءة الأحكام فيها، خصوصاً في المائة الرابعة والخامسة من الهجرة، فقد برعوا في اللغة العربية، ومنهم «غربرت» و«ألبرت» فإنهما طلبا مساعدة العلماء لإبراز مقصدهما، وقد ساعدوهما حتى دونوا الفقه كاملاً وحوروه إلى ما يوافق بلادهما»[1]. فما يسمى بالشرائع الرومانية إذن، هي عين الشرائع الإسلامية محورة بما يلائم الطبائع الأوروبية، مغيراً اسمها لحفظ عواطف الأمم المسيحية.

وهذه الرسالة المفردة تقلب الدعوى، فالمؤثر هو الفقه الإسلامي، والمتأثر هو القانون الروماني، بل حتى على فرض وجود قانون روماني قديم فإن «الكتاب السوري الروماني» الذي قيل إن التأثير حدث من خلال ترجمته إلى السوريانية، وإلى العربية، هذا الكتاب ثبت أنه لم يترجم إلا في أواخر القرن الثامن، بعد اكتمال الفقه الإسلامي، وتكون مدارسه، ويؤكد «نيلينو» في بحثه «نظرات في علاقات الفقه الإسلامي بالقانون الروماني» أن القول بتسرب القانون الروماني، عن طريق القانون الساساني، إلى الفقه الإسلامي، ليس إلا ظناً، يسير ادعاؤه، عسير إثباته، لأن مدرسة بيروت ـ وهي المجال الطبيعي لتدريس «الكتاب السوري الروماني» باعتباره متناً مدرسياً ـ كانت قد خربت بفعل الزلزال الواقع عام ٥٥١م، وتفرق طلابها وأساتذتها، وأما بناؤها الجديد فقد انهار من حريق أصابه عام ٥٦٠م، وحال دون عودة المدرسة القانونية في «بيروت» إلى الحياة مرة أخرى، ولم يسمع عنها شيء بعد ذلك، حتى دخل الإسلام «بيروت» عام ٦٣٥م. فالدَّيْن الروماني إذن للفقه الإسلامي دين مزعوم، أما التأثير الإسلامي فمؤكد من الجانبين النظري والعملي.

أما الجانب النظري: فيتجلى في مجموعة «ألفونس التاسع» ملك قشتالة وامبراطور الغرب سنة ١٢٧٢م، فقد كتب أول مدونة قانونية أوروبية

---

(١) أبو الفضل الجرفادقاني: بحث دقيق في الشرائع والقوانين، ملحق كتاب عبد الجليل سعد، مقدمة القوانين، ط القاهرة ١٩١٠، من ص ٨١ ـ ١٠١.

سماها Las Siete Partidas ونشرها بتعليقات لاتينية «جريموزي لوبار» من مدريد في ثلاثة مجلدات سنة ١٨٢٩، وقد استمدت هذه المدونة من الفقه الإسلامي، خاصة من قانون «الولايات» في الأندلس المسلمة الراجع إلى عام ٦٧٩هـ، وقد كان لهذه المدونة أكبر الأثر في نشوء القانون الدولي الأوروبي في العصر الحديث.

أما من الجانب العملي: فقد ظهر في عقود النقل البحري، وفي أنواع الشركات التجارية؛ ونستطيع تلمس هذا التأثير في القانون الفرنسي، والقانون المدني الإسباني، ولا شك أن للفقه المالكي خاصة، بصمات تقوى وتضعف حسب الأقاليم التي تأثرت في أوروبا وأمريكا بالاشعاع القانوني الإسباني والبرتغالي، انطلاقاً من الأندلس الذي استحدثت فيه تطبيقات فقهية مالكية إلى القرن الماضي.

بل يمكن تلمس تأثيرات الفقه الحنفي في المناطق الكبيرة التي ضمتها أقاليم الدولة العثمانية في أوروبا، خاصة وأن فتاوى الشيخ أبي السعود، ومجلة الأحكام العدلية ظلتا قانوناً حاكماً لكثير من هذه البلاد، ويشير تاريخ التشريع الإسلامي في «البوسنة والهرسك» إلى تغلل مجلة الأحكام العدلية في قوانين هذه البلاد حتى في ظل الدولة اليوغسلافية الموحدة. ودراسة تاريخ التشريع الإسلامي في الجمهوريات الإسلامية التي استقلت بعد سقوط الاتحاد السوفيتي، سوف يلقي أضواء جديدة على تغلغل الفقه الإسلامي في نسيج كثير من القوانين الأوروبية.

وحركة ترجمة كتب الفقه الإسلامي إلى اللغات الأوروبية كانت نشطة، وترجم العديد منها في القرنين الأخيرين، ومثال ذلك ما يلي: -

من مصنفات المذهب الحنفي قام «جارلس هاملتن» بترجمة كتاب «الهداية» للمرغيناني» وصدرت طبعته الثانية في لندن سنة ١٨٧٠، وترجم كتاب «ملتقى الأبحر» «لابراهيم الحلبي» إلى الفرنسية، وصدرت الترجمة عام ١٨٢٤ بعنوان القانون المدني.

ومن مصنفات المذهب المالكي ترجم إلى الفرنسية كتاب «البيوع» في

موطأ مالك ونشر سنة ١٩١١، وترجمت رسالة «أبي عبد الله القيرواني» إلى الانجليزية ونشرت في لندن سنة ١٩٠٦ وترجمت إلى الفرنسية ونشرت في باريس سنة ١٩١٤ ومن مؤلفات الشافعية ترجم إلى الفرنسية كتاب «منهاج الطالبين» «للنووي» ونشر سنة ١٨٨٢ كما ترجم إلى الانجليزية ونشر عام ١٩١٤. ومن كتب الشيعة الإمامية ترجم كتاب «شرائع الإسلام» للمحقق «الحلي» إلى الروسية والانجليزية. وقد واكبت هذه الترجمات حركة نشطة للفقه المقارن، وكان المأمول منها تنحية روح التعصب في دراسة الفقه الإسلامي خاصة بعد الاقتراب من مصادره المذهبية، إلا أن ذلك لم يحدث حتى الآن.

خلاصة القول إن الفقه الإسلامي مستقل عن القواعد الرومانية، وإن تسلل الواقع إلى قواعده ناتج من إقراره العرف مصدراً تبعياً للفقه، وأن تأثيره على القانون الروماني الحديث لا ينكر وإن احتاج إلى مزيد من البحث المتعمق، أما تأثيره في القوانين الأوروبية الحديثة فتلك حقيقة ثابتة، ينبغي أن يتولى رصد جوانبها المختلفة، وتحليل مجالاتها المتعددة علماء القانون المقارن من مسلمين وغير مسلمين.

المطلب الثالث

أثرالإسلام في الأديان الأخرى

بداية نحب أن نقول إن نظرية تأثير دين على آخر بناء على عامل التسلسل التاريخي نظرية خاطئة ومرفوضة في البحث المعاصر لعلم مقارنة الأديان، فطالما أن مصدر الأديان السماوية واحد هو الله، ووسيلة تبليغها للبشر واحدة هي الوحي والرسل، وهدفها واحد هو بث الخير بين البشر، ووصل الإنسان بالله، وحتى بيئتها الجغرافية واحدة فالأديان السماوية كلها جاءت من الشرق، فليس غريباً إذن أن تتفق في كثير، ولا ينبغي أن يعزى كل اتفاق بينها إلى تأثير السابق في اللاحق، بل حتى بين القوانين الوضعية، فإن وجود تشابه في بعض الفروع أو جزئيات القواعد، ليس بالضرورة مرجعه الاقتباس والتقليد، بل إن مرجعه الأساسي القدر المشترك في الحضارات الإنسانية، بحيث تصل المجتمعات المختلفة ـ كل بطريقتها وأسلوبها ـ إلى غايات واحدة، وتحمي قيماً أساسية كالعدل والحق والأمانة، فتصل في بعض الأحيان إلى قواعد متماثلة أو تقاربة، دون أن يأخذ بعضها من بعض، ودون أن يعتبر بعضها أصيلاً، وبعضها الآخر مقلداً يفتقر إلى روح الإبداع.

ودعوى الأثر اليهودي أو المسيحي في الفقه الإسلامي، يعوزها الدليل القوي، والسند العلمي، ولكن تأثيرات الإسلام في العبادة اليهودية، وفي القوانين المسيحية، تقرأ في المؤلفات الرسمية في كليهما، ورصد هذا الأثر أساسه ما هو موجود أصلاً في الكتب المقدسة اليهودية والمسيحية، وما آل الأمر إليه في ممارساتهم التشريعية.

١ ـ الأثر الإسلامي في اليهودية[١]:

وهذا الأثر يبدو في الجوانب العقائدية والتشريعية، «فسعديا الفيومي» أهم رجالات اليهود في العصور الوسطى جاء تسنفيره لأسفار موسى الخمسة وغيرها، معتمداً على منهج «الإمام الطبري»، أما في المجال التشريعي، فقد رصد الدكتور «محمد سالم الجرح» عدداً من العبادات اليهودية التي استمدت مباشرة من نظائرها الإسلامية، فمن ذلك عادة غسل الرجلين عند اليهود قبل الصلاة، فهي مخالفة للتعاليم التلمودية ولكنها مأخوذة من العبادة الإسلامية، وقد استكمل «سعديا الفيومي» قانون الميراث من المصادر الإسلامية، وكتب مقدمة له تسير من أولها إلى آخرها على نفس النسق الذي عرف عند علماء المسلمين، حتى أن قارىء المقدمة لا يتصور أن كاتبها هو أكبر حاخامات اليهود.

والتأثير الإسلامي يستوعب كافة الطوائف اليهودية الربانيين منهم والقرائين. في كل ما يرونه هاماً لحياتهم الاجتماعية، بل إن مظاهر الحياة اليهودية نفسها قد تأثرت كثيراً بمظاهر الحياة الإسلامية من مختلف جوانبها، سواء في البيت أو خارج البيت، فقد فرض الحجاب على المرأة خارج البيت اليهودي، ولا تخرج فتاة في الطريق العام بمفردها بل بصحبة فتاة أخرى، ولعل في ذلك ما يشبه إلى حد كبير ما تفرضه الشريعة الإسلامية من مصاحبة المرأة لمحرم معها عند السفر، بل إن بعض العادات كعادة تغطية الرأس أخذها اليهود واعتبروها أمراً دينياً متشدداً. يقول الحاخام «اسحق لوريا» في ذلك: «إني أتعجب إذ تعودوا على تغطية الرأس حتى في غير الصلاة، ولا أعرف من أين لهم هذه العادة، ويسير الأشراف والأغنياء محذرين من كشف الرأس، لأنهم يعتقدون أن هذا من الدين اليهودي»، ويشير البعض إلى أن العالم اليهودي «إسحق بن يعقوب الكوهن» أحد أكبر

---

(١) راجع في رصد هذا الأثر في المجالات العقائدية والتشريعة والفلسفية، ما يلي:
١ ـ د. محمد سالم الجرح، التأثيرات الإسلامية في العبادة اليهودية، القاهرة ١٩٦٥.
د. ابراهيم موسى هنداوي، الأثر العربي في الفكر اليهودي، القاهرة ١٩٦٦.
٣ ـ د. عبد الرزاق قنديل، الأثر الإسلامي في الفكر اليهودي، القاهرة ١٩٨٤.

أحبار اليهود في القرن الخامس الهجري، له كتاب يضم ثلاثمئة وعشرين فتوى، محررة باللغة العربية، وهي مقتبسة من الفقه المالكي السائد في الأندلس والمغرب آنذاك، خاصة وأن هذا العالم اليهودي قد أسس «بالوسينة» قرب «غرناطة» معهداً للدروس العليا التلمودية، وله شرح على التلمود من عشرين مجلداً يعد أهم كتب التشريع اليهودي، ومن المهم أن نشير أن «الوسينة» هذه هي التي أودى إليها الفيلسوف والفقيه الإسلامي الكبير «ابن رشد» والتف حوله فيها الطلبة اليهود يأخذون عنه الفلسفة والطب والعلوم الإسلامية.

٢ ـ الأثر الإسلامي في التشريع المسيحي:

أثر الإسلام في المسيحية يرصده الكثيرون ويعزو بعض مؤرخي الفكر خاصة «ارنست رنان» الفرنسي، وأمين الخولي المصري ـ ظهور الحركة اللاأيقونية أو حركة تحطيم الصور المقدسة في المسيحية إلى الأثر الإسلامي، ونظرة القرآن التوحيدية، أما الأثر التشريعي فيكاد يكون عاماً وكبيراً في كتاب «المجموع الصفوي» «لصفي بن العسال»[١] وقد كان ولا يزال المجموعة شبه الرسمية للفقه المسيحي القبطي إلى أيامنا هذه و«ابن العسال» والذي عاش في القرن السابع الهجري، اتصل بكل المدارس الفقهية الإسلامية، حتى أصبحت صلة كتاب «المجموع الصفوي» «لابن العسال» حقيقة مقررة.

وهو ينقل من مصادر فقهية معروفة للأحناف والشافعية، فرائده في مسائل القرض كتاب «المهذب» في الفقه الشافعي «لأبي إسحق الشيرازي»، فهو ينقل ألفاظه وعباراته ومصطلحاته، وفي «المبايعات» ينقل عن متن «القدوري» وهو مشهور في فقه الأحناف، والعبارات تكاد تتطابق، يقول «ابن العسال» في الفصل الثالث من كتاب المبايعات: «وإن حدث للمبيع عيب عند المشتري، واطلع على عيب فيه كان وهو في يد البائع، ليس

---

(١) راجع في حياة ابن العسال وعصره وكتابه رسالة دكتوراه هامة، هي: د.عبد السميع محمد أحمد: قوانين الملوك، القاهرة ١٩٦٥.

للمشتري أن يلزم البائع باسترجاعه، لكن له أن يعود بنقصان العيب المتقدم على البائع».

وفي كتاب «القدوري» في باب خيار العيب «وإذا حدث عيب ثم اطلع المشتري على عيب كان عند البائع فله أن يرجع بنقصان العيب، ولا يرد المبيع إلا أن يرضى البائع أن يأخذه بعيبه».

وليس بين النصين اختلاف ما، اللهم إلا في تقديم بعض العبارات على بعض، وأغلب ما نقله «ابن العسال» عند «القدوري» بمثل هذا التطابق من الألفاظ والعباوات[١]، وعيب نقول «ابن العسال» أنها لا تتبع منهجاً، فهو ينتقل من كتاب شافعي إلى كتاب حنفي، من «المهذب» إلى «الهداية»، ومن «مختصر المزني» إلى «بدائع الصنائع»، ولكنه انتقال غير بصير، جعل قضاياه، متضاربه، وأحكامه غير مستقيمة، خاصة وأن لكل مذهب أصوله وقواعده، وله ألفاظه ومصطلحاته، لأن النسق المذهبي في الفقه الإسلامي أبنية متماسكة، والقفز على جزئياتها دون إدراك للكليات يوقع في الخطأ، ويفضي إلى التناقض، ولعل مصدر ذلك - كما قيل بحق - راجع إلى أن «ابن العسال» لم يحدد لنفسه النهج الذي سيسير عليه: أيقلد علماء المسلمين ويأخذ عنهم أحكامهم دون أن يحدث تعديلاً أو يضيف جديداً، وفي ذلك حرج لموقفه العلمي لا يرضاه، أم يختط طريقاً أخرى محددة المعالم واضحة الحجة، ذات أصول وقواعد، وهو لم يرس هذه القواعد والأصول، فجاء كتابه التشريعي على هذا النحو من تناقض الأحكام، واختلاف دلالة المصطلحات. وعلى الرغم من أن «ابن العسال» حاول أن يتحرر من متابعة مصادره الإسلامية، فيما نقل من مسائل وأحكام، فأدخل عليها بعض التعديل، بل خرج أحياناً بحكم جديد، إلا أنه رغم محاولاته، لم يستطع أن يبتعد عن مصادره، فالصلة بين كتابه ومصادره في المذاهب الفقهية الإسلامية، صلة التابع بالمتبوع، ليس في مسائله وحدها بل وأيضاً في أغلب عباراته وتراكيبه اللغوية.

---

(١) راجع هذه المقارنات: المرجع السابق من ص ١١٣ - ١٩٢ ففيه شهادة دامغة.

ملحق الفصل الأول

الدَّينُ المزعوم لِلقانون الرومي عَلى القَانون الإسْلامي(١)

(س. ف. فتزجيرالد)

تعريب وتعليق دكتور محمد سليم العوا(٢)

إن صاحب المقال، فتزجيرالد S.V. Fitz Gerald كان أستاذ القانون الإسلامي سابقاً في مدرسة الدراسات الشرقية والافريقية بلوندرا، نشره في «مجلة القانون الفصلية» Law Quarterly Review الانكليزية، ج٦٧، ص٨١ ـ ١٠٢ (عدد يناير ١٩٥١م، تحت عنوان: The Alleged Debt of Islamic to the Roman Law). ولأهمية هذا المقال ننشره عقب حديثنا عن أصالة الفقه الإسلامي، وكأننا نقول وشهد شاهد من أهلها.

(١) نشر هذا الملحق في كتاب «الشريعة الإسلامية والقانون الرومى» طبع دار البحوث العلمية إشراف أستاذنا د. جمال الدين عطية.

(٢) محام ومفكر إسلامى معروف من أهم مؤلفاته «النظام الجنائي الإسلامى».

١ ـ مقدمة

١ ـ منذ ما كتب السير وليام ماكناتن[(١)] Sir William MacNaghten بل الواقع أنه منذ كتب السير وليام جونز[(٢)] Sir William Jones ما كتب حتى يومنا هذا، لا يزال بريق المشابهة الخداعة بين الشريعة الإسلامية والقانون الرومي يلفت أنظار الباحثين من وقت لآخر. ولا يستطيع إنكليزي اشتغل بالقانون، وخاصة إذا كان قد عهد إليه تدريس القانون الإسلامي للطلاب، أن يتخلص من الإحساس بأن القانون الإسلامي يمكن شرحه وإيضاح مفاهيمه في ضوء الأمثلة، على نحو أدق إذا قورن بالقانون الرومي بدلاً من القانون الإنكليزي. ولكن أحداً حتى الآن لم يقدم دراسة شاملة لهذه المسألة. فلا ريب أن دراسة كهذه تحتاج إلى جهود أكثر من باحث واحد. ذلك أنها تتطلب، فضلاً عن التمرس الدقيق بعلم القانون وبالدراسة التاريخية، معرفة واسعة سعة غير عادية باللغات[(٣)]. ومن هنا فإن غاية ما يمكن أن يقوم به باحث واحد في هذا المجال، كما في كثير من المجالات العلمية، هو أن يضيف صفاً جديداً من اللبنات في بناء الحائط. وقد يضطر معه أن يهدم بمعوله ما وجد متهافتاً من عمل سابقيه. وفي أثناء هذا تبقى المعضلة المحيرة كما كانت. لقد لاحظ فون

(١) في كتابه الإنكليزي «المبادىء والسوابق القضائية للقانون المحمدي»

Principe and Precedents of Mohammedan Law.

طبع كلكته calcutta بالهند ١٨١٧م. (مؤلف).

(٢) في كتابه الانكليزي «المقال في الرهون والودائع» Essay on Bailements ١٧٨١م. (مؤلف).

(٣) لا ندري ماذا يريد بهذا؟ فإن معرفة اللاتينية واليونانية كافية لدراسة القانون الرومي، وكذلك العربية للقانون الإسلامي. أما ما كتبه الباحثون من أنحاء العالم بلغاتهم فهو يعم جميع المباحث دون أن يختص بدرس الصلات بين القانون الرومي والفقه. (مترجم).

كريمر Von Kremer[١] وسانتيلانا Santillana[٢] بعض الملاحظات الفاحصة، ولكنهما لم يتابعا البحث بصفة رتيبة. وبالجملة فإن المنهج الذي سلكه المتخصصون، حتى بعض كبارهم لم يعد جمع أمثلة التشابه الذي يوجد بين الشريعة الإسلامية والقانون الرومي. وهذا التشابه كان في بعض الأحيان حقيقياً - وعلى العموم سطحياً - وفي كثير منها فرضياً، ثم قالوا على أساس تلك الأمثلة: إن مثل هذه المشابهة في حد ذاتها كافية للإثبات بأن المتأخر في الزمان قد استعارها من الذي تقدمه. وقد استند هذا المنهج غير العلمي إلى تاريخ غير واقعي، وإلى قول بأن الشيء ثابت بينما هو محتاج إلى الثبوت، وإلى فروض يعوّزها الدليل. وكان من نتيجة هذا ادعاءات مثل: «القانون المحمدي ليس إلا القانون الرومي اليوستي نياني Justinian's في زي عربي»، أو ذلك الذي اجترأ كاتب متهور على القائه جزافاً: «إن العرب لم يضيفوا إلى القانون الرومي إلا بعض الأخطاء». ولكن الخوة الرئيسية لبناء المسألة على أساس يطمئن إليه الخاطر هي أن نسوي ونسطح أولاً البقعة حتى يمكن إرساء أسس جديدة.

٢ - إن الكتاب الثلاثة المسؤولين أساساً عن وجهة النظر الشائعة هم الأستاذ ج. شلدون آموس G. Sheldon Amos وسواس باشا Savvas Pasha، والمستشرق الكبير غولت سيهر Goldziher. ومن بين هؤلاء، لعل شلدون آموس (الذي عاش من ١٨٣٥ إلى ١٨٦٦: راجع قاموس التراجم الملية الإنكليزي Dictionary of National Biographies ذيل، ج١، ص٤٤) نابغة عصره في القانون الرومي المدني في انكلترا، وكان حائزاً على «جائزة سوايني»[٣] للتحقيق في علم القانون. ومن مصيره الأسيف المضحك أن

---

(١) في كتابه الألماني «التاريخ الثقافي للشرق تحت الخلفاء»

Culturegeschichete des Orients unter den Chalifen.

في كتابه الفرنسي «التمهيد لمشروع مجموعة القانون الإسلامي التونسي»

Avant- Propos d'un projet re code de droit musulman tunisien.

طبع سنة ١٨٩٧، ثم مراراً في تآليفه المتأخرة. (مؤلف).

(٢) مضى قرن وثلث، كان يسكن في لوندرا رجل اسمه سواينه Swainey ثري، مصاب بنوع

الموضوع الذي كان حجة فيه قد غمره موج البحث العلمي منذ أمد طويل (فلا يذكره أحد الآن)، وأصبح لا يذكر الآن إلا بمحاولته غير الموفقة حول موضوع كان فيه حين تناوله أقرب ما يكون إلى الجهل التام. هذه المحاولة هي التي تشغل ص٤٠٦ ـ ٤١٤ من كتابه الانكليزي «القانون المدني الرومي» Roman Civil Law، الطبعة الثانية. ويمكن الحكم على الطابع الوهمي (الفرضي) لهذه المحاولة بمثال واحد من بين أمثلة كثيرة: فقد أضلته الرغبة في أن يجد مثيلاً للقاعدة الرومية اللاطينية التي تقول: «إن ما يعجب الحاكم، له قوة القانون» Quod Principi placuit legis habet vigorum فتورط في القول بأن قرارات الخلفاء، واحد بعد الآخر، هي المصدر الأساسي للقانون الإسلامي. لو خص هذا القول بفرع متأخر جداً للقانون الإسلامي، أي ما يعرف عادة بالقاون العثماني (لسلاطين تركيا من آل عثمان)، لكان له تبرير جزئي، وجزئي فقط. أما وهو يتعلق بنظام قانون يعتبر الله مشرعه الوحيد، وينفي عن جميع السلطات البشرية حق التشريع، فإنه مباين الحقيقة تماماً. إن القرارات المنقولة عن الخلفاء (الراشدين) الأربعة لا تستمد سلطانها من منصبهم كخلفاء بل من صفتهم كصحابة مقرّبين للرسول ﷺ، تلكم الصفة التي يمكن أن يظن أنها قد مكنتهم من معرفة اتجاهات الرسول، وبالتالي من أن يعكسوا الهدايا الربانية. وكذلك الفتاوى المنقولة عن سائر الصحابة (رضي الله عنهم) تستمد سلطانها من نفس الصفة[1].

من الجنون، ولعلّه كان من بني إسرائيل. وفي أثناء مرضه وشدة جنونه كتب وصية، وتركها على باب جمعية الفنون الجميلة الانكليزية. فلما فتحها مسؤول الجمعية وجدها تنص على وصية بمال كثير يعطى منه جوائز لأحسن ما يكتب في علم القانون. وبعد البحث، تحقق أن محتوى الوصية صحيح مطابق للحقائق وموافق للقوانين الرسمية. ولم كان الموصي قد توفي، ولم تكن لجمعية الفنون الجميلة علاقة بعلم الحقوق، أخذت الموال وعينت لجنة من كبار علماء القانون لانتخاب أحسن كتاب يصدر في علم القانون من وقت لآخر. ويمكن أن يقال إن هذه الجائزة كجائزة نوبيل Nobel لعلم القانون. (مترجم).

(١) لا يصح هذا عن الخلفاء الراشدين ولا غيرهم من فقهاء الصحابة، فإنهم كانوا يعملون بأوامر القرآن والسنة، وعند سكوت هذين الأصلين كانوا يعملون بالرخصة النبوية (التي ذكرت في حديث معاذ بن جبل رضي الله عنه) ويستنبطون الأحكام

٣ ـ أما سواس باشا فقد كان موظفاً نصرانياً كبيراً في السلطة العثمانية. ويبدو أن مجرد كونه «باشا» قد ألقى في الأذهان ضرورة أن يكون خبيراً في الشريعة العثمانية وفي تاريخ آسيا الصغرى. ومن المستبعد أن يكون سواس باشا خلوا من هذين الموضوعين، ومن الأغلب أنه عندما يكتب شيئاً عن النظام الإداري العثماني المعاصر له، فقوله يستحق الاحترام فوق ما يتصور في بعض الأحيان. لكن عقلية هذا الرجل لم تكن علمية ولا دقيقة. وفضلاً عن ذلك فقد كان يكتب لهدف سياسي. وهو أن «يجعل القانون الغربي مسلماً» islamiser le droit occidental كما قال هو بنفسه. وكان يتوسل إلى هذا الهدف بمحاولة إقناع مواطنيه المسلمين بأن القانون الإسلامي كان يستجيب دائماً للتأثيرات الغربية ـ كما أحب هذا المؤلف أن تكون هكذا حقيقة الحال. ولذلك كلما أمكنته حقيقة قانونية أو تاريخية أن توافق، بعد تحريف يسير، استدلاله، أقنع نفسه ـ بكل تدين، ولا نشك فيه ـ أن الأمر المحرف هو الحقيقة.

٤ ـ وأما أغناطيوس غولت سيهر (١٨٥٠ ـ ١٩٢١م) فهو من أعاظم الأسماء في ميدان الدراسات العربية. ولكن لا يبدو أن معرفته القانون الرومي كانت في نفس المستوى. وعلى أي حال، فإن الحجج التي سطرها في صدد العلاقة بين القانون الرومي والقانون الإسلامي، والتي لقيت رواجاً كبيراً، هي حجج لم يعطها هو نفسه أهمية كبيرة، حتى أنها لتبدو معارضة للاتجاه الرئيسي للمقالة التي هي جزء منها. وترمي هذه المقالة، كأكثر تآليف غولت سيهر، إلى التأكيد بأن التمدن الإسلامي عربي المنشأ. ويبدو أن غولت سيهر نفسه قد تخلى عن تلك الحجج في تأليف له متأخر بعد أن أطال النظر في المسألة. وسوف نتناول بالتدقيق فيما يلي حجج كل من هؤلاء الكتّاب الثلاثة.

٥ ـ أما الكتاب الذين قنعوا في الجملة باتباع الأفكار الخاطئة الشائعة،

بالاجتهاد والقياس. ولا يقل اختلاف الآراء فيما بين الصحابة. وهذا أيضاً يغلط زعم المؤلف. (مترجم).

فمن بينهم آيون Ion الذي كتب مقالة بالإنكليزية في «مجلة متشيغان للقانون» Michigan Law Review ج٦، ص٥٢!٤٤، ١٩٧ ـ ٢١٤، ٣٨١ ـ ٣٩٦ (ولئن كانت لآيون بعض الآراء المستقلة، فإنها تعكس نفس الاتجاه نحو تحريف الحقائق حتى توافق استدلاله)، وشرمان Sherman في كتابه الإنكليزي «القانون الرومي في العالم الحديث» Roman Low in the Modern World الطبعة الثانية، ص١٣٩، ١٧٨ ـ ١٨١، ومحمد الله M. Ullah في كتابه الإنكليزي Dissertation on the Muslim Law of Marriage طبعة ١٩٢٦، ص مه وما بعدها من المقدمة، وفي مواضع أخرى من الكتاب وسكسينه Saksena في كتابه الانكليزي «قانون المسلمين» Muslim Law Macdonald في كتابه الإنكليزي «تطور الإلهيات والقانون ونظرية الدستور عند المسلمين» Development of Muslim Theology, Jurisprudence and Constitutional Theory. ص٨٥، وأيضاً طيب جي Tyabji في كتابه الإنكليزي «القانون المحمدي» Muhammadan Law طبعة ثانية، ص٨٢٧. وهذان المؤلفان الأخيران اللذان يعترف العالم كله بفضلهما لم يسلما تماماً من عدوي هذا الوباء.

٢ ـ تاريخ

٦ ـ لقد كان القرن الذي مضى بين نفاذ «مجموعة يوستي نيان للقوانين» Corpus Juris (٥٢٩ ـ ٥٣٤م) وبين وفاة النبي محمد ﷺ سنة ٦٣٢م من أسوأ الفترات في التاريخ الإنساني. ونحن الذين رأينا التمدن يساق مرتين في عمرنا (زمن الحربين العالميتين) إلى شفا حفرة الدمار، ولا نزال من ذلك على مشارف خطر أعظم، نستطيع أن نفهم مدى السوء الذي عم تلك الفترة من التاريخ البشري أكثر مما أمكن أن يفهمه آباؤنا الذين عاشوا أزمنة الخصب التي كتب فيها شلدون آموس، وسواس باشا، وغولت سيهر. صحيح أن تلك الفترة كانت قد بدأت بعهدين بلغا عظمة أسطورية: أحدهما عهد يوستي نيان في الأمبراطورية الرومية، والآخر عهد أنوشروان العادل في الأمبراطورية الفارسية. إن اسم يوستي نيان لا يذكرنا بمجموعة قوانينه

فحسب، بل أيضاً (بكنيسة، ثم جامع) آياصوفيا[١] (في استانبول)، وبانتصارات بليساريوس[٢] Belisarius ونرسي[٣] Narses، ويوحنة الخصي[٤] John the Eunuch ولكن كان وراء كل هذا جانب مظلم، وكانت بوادر المهلكة قد أصبحت في متناول الإدراك. لقد ساعد نجاحه العسكري في الغرب (في ايطاليا وما جاورها) على حجب الحقيقة إن وراء ستاء الاعتراف المؤقت لسيادة يوستي نيان كان جيوش قبائل تيوتون Teuton (الألمانية) قد صارت سادة الأراضي الخصبة التي استولت عليها. وهذا فضلاً عما (زادت هذه (الحروب) من أزمات إلى الخزانة الأمبراطورية والثقل المتزايد من الضرائب المفروضة على المقاطعات الشرقية (من الشام، ومصر وغيرهما) لتتحملها. إن سلسلة طويلة من «الأحكام الجديدة» Novellae التي أصدرها يوستي نيان سوف تشهد بخطورة الحال لمسألة الديون المتزايدة الانتشار (في ذلك الوقت). على أنه كانت هناك معارك دامية لا طائل فيها بين جماعات المواطنين في ميدان اللعب Circus. وهي بادرة أخرى (رغم أنه ليس من السهل التعبير عنها)، للحقيقة التي هي أن الكيان السياسي لم يكن في صحة تامة: ولم تكن هذه المعارك قاصرة على سكان الحارات القذرة من القسطنطينية، بل كانت قد شوهت كل مدينة في الأمبراطورية، حتى البلدة

---

(١) إن بناء آيا صوفيا (ومعناه باليونانية: القديسة صوفيا) في استانبول (وهي القسطنطينية، وكان اسمها قبل ذلك بيزنطة)، كان أولاً بيت صنم، فهدمه الامبراطور النصراني يوستي نيان Justinianالمتوفي ٥٦٥م وبنى في محله كنيسة وبناؤها الأصلي باقٍ إلى هذا اليوم وقد مضى عليه أكثر من أربعة عشر قرناً. وعندما فتح السلطان محمد الفاتح (وهو محمد الثاني) استانبول عام ١٤٥٣، حوله إلى مسجد جامع لعبادة الله الواحد. فبقي كذلك إلى أن منع كمال آتاتورك رئيس جمهورية تركيا (المتوفي ١٩٣٨م) الصلاة فيه، وجعله متحفاً للفن البيزنطيني، ولو لم يكن متحفاً بمعناه العادي ولا يستفيد منه الآن إلاّ الزائرون للسياحة. (مترجم).

(٢) كان قائداً من قواد جيش الامبراطور يوستي نيان، فتح إيطاليا وغيرها. (مترجم).

(٣) كان خوجه سراي (خادماً خصياً) في قصر الامبراطور يوستي نيان، وقائداً من قواد جيشه، برع في الحرب مع إيران خاصة. (مترجم).

(٤) لعله كان هو أيضاً من كبار موظفي الدولة في عهد يوستي نيان، لم نعثر على ترجمة له. (مترجم).

المقدسة من يروشلم، وهذه الجماعات المتحاربة كانت في الحقيقة متعلقة بالفرق المختلفة في مجالات الإلهيات (وكان الحقد الديني قد وصل إلى ذلك الانحطاط). وكان الأمبراطور يوستي نيان نفسه مائلاً إلى ضيق النظر. وكان موقف الكنيسة الأرثوذكسية (اليونانية) من الفرق الضالة والأديان الأخرى موقفاً يتسم دائماً بعدم السماحة، وإن لم تشوه نفسها بالاضطهاد الظالم الذي كان يحدث أحياناً في إيران[١] ولم يوفق على كل حال لأن يغرس الولاء للدولة في قلوب الأقليات. ومهما كان حكم التاريخ سيئاً على بقايا مدارس الفلسفة في أثينا، فقد نعرف أن يوستي نيان أمر بغلق أبوابها دون أدنى محاولة للإصلاح. وهذا بحسب رأيي المتواضع لا ينبىء بعلو المستوى الثقافي في عصره. ولقد قدّر لتلك المدارس أمد جديد من الحياة تحت رعاية الأكاسرة (الإيرانيين). وكان من منفاها هذه أن المسلمين عرفوا (أفكار) أفلاطون وأرسطوطاليس[٢].

٧ ـ وأفل نجم يوستي نيان باضمحلاله ثم بموته، وازدادت ظهور

(١) «كأن السماحة الدينية والصبر على المخالفين في العقيدة هو الأصل في إيران، وكان الاظطهاد أشبه بالمرض وقد انتشر في بعض الأحيان فقط ولكن اتخذ عند ذلك صورة قاسية.» (مؤلف) ـ يجوز أن تكون هذه الإشارة إلى أنه بعد أن انتشرت أفكار ماني في إيران في عصر الامبراطور الساساني قباذ، وأصبحت الإباحية أشبه بالدين، وقضى على الزردشتية، جاء خلفه أنو شروان، فاشتغل بإبادة المانية وإباحيتها بالسيف والنار، وأعاد المجوسية. ولكن بما أن مؤلف هذا المقال كان يهودياً، يغلب الظن أنه لا يشير إلا إلى كتاب أيستر (من التوراة، العهد العتيق) الذي يحتوي على قصة حقق العلماء أنها فرضية، وليس غرضها إلاّ التعليم والتلقين. وتقول القصة أن ملكاً من قدماء ملوك إيران كان، أخذا بمشورة وزيره، قد أمر بقتل جميع اليهود في بلاده. وكان في حرم الملك يهودية، اسمها أيستر. فلما علمت ما أمر به الملك، أسكرته، وطلبت منه في حال سكره أن يأمر بعدم التعرُّض لليهود وبأن يقتل ويصلب الوزير وعدد كبير من كبار موظفي الدولة المعروفين بحقدهم على اليهود، وأن يستوزر عمها. فأمر، ونفذ أمره في الفور. (مترجم).

(٢) لعل للإشارة إلى جند نيسابور. ولكن نقل الفلسفة اليونانية إلى العربية كان في غالب الأحيان على أيدي السريانيين من الشام. إن الخليفة المؤمون كان قد حصل على المخطوطات اليونانية ليعربها «بيت الحكم» الذي كان أسسه في بغداد. فهنالك ترجموها، ولم يزالوا يراجعون التراجم ويتقنون فيها. (مترجم).

المظاهر السيئة التي كانت لعهده. وسار تاريخ الفرس أيضاً في طريق كئيب مماثل بعد وفاة أنوشروان. ووجدت كل واحدة من الأمبراطوريتين نفسها مضطرة إلى الاحتفاظ الدائم بقوات دفاعية باهظة التكاليف ومرهقة، لمواجهة الضغط الخارجي المتكرر من جيوش القبائل المتوحشة - فهكذا كان الصقالبة Slavs، والأوار Avars، والخزر Khazars والبرجان Bulgars على الحدود الرومية (البيزنطية)، المغول (التتار) على الحدود الفارسية. وكلتاهما قد مزقها الاستبداد الداخلي والحروب الأهلية المتكررة. ورغم هذا كله فإنهما لم تستطيعا التخلي عن تحاسدهما وتنافسهما. وكانت نيران الحرب العوان تشتعل بينهما من وقت لآخر، وتأتي عليهما بالمهالك قرناً بعد قرن. غير أن الحرب في تلك الفترة (التي تتكلم عنها) تجاوزت المعتاد في سفك الدماء. وحتى الصلح الظاهر لم يدم لأكثر من عشرين سنة. فالعقد الذي سموه «الصداقة والتحالف الأبديين» في سنة ٥٣١م لم يدم لأكثر من سبع سنوات، والعقد الذي تسمى في سنة ٥٦١م باسم أكثر تواضعاً، أي «صلح خمسين سنة» كان كذلك قليل العمر. وهذه الحروب أيضاً لم تكن بين جيشين فحسب، بل كانت حروباً شاملة، نظراً إلى مقاساة غير المقاتلين من السكان. إن أنطاكية في سنة ٥٤٠م ثم في ٦١١، وقيسارية في ٦١٢، ودمشق في ٦١٤، ويروشلم (القدس) في ٦١٤، والاسكندرية في ٦١٥ كانت بين المدن التي صيرها حريق الحرب الفارسية رماداً. ولم يكن الريف أقل خراباً من المدن. وحينما جاء دور الروم البيزنطيين لجأوا إلى نفس المعاملة. لا شك أن آلات الدمار كانت حينئذ أقل قوة بكثير من تلك التي عرفتها حروب عصرنا ولكن كذلك كانت أيضاً وسائل التعمير الجديد. فلربما استغرقت إعادة بناء مدينة واحدة محرّقة عشرات السّنين. وإلى جانب المصائب التي كان سببها المباشر شرار قوى البشر، كان هناك عدد وفير من المآسي المفاجئة التي تنسب في القانون الإنكليزي - بخليط غريب من الوقاحة والتدّين - إلى «فعل الله»، مثل الأوبئة، والطاعون، والقحط (تلكم اللوازم العادية للحرب)، والحرايق، وأكثر من زلزلة واحدة شديدة.

٨ - ولئن كانت حال كلتا الأمبراطوريتين سيئة فإن هناك أدلة تدعو إلى الظن بأن حالة الأمبراطورية الرومية أشد سواءاً. فخلال سنوات الصلح

القليلة بينهما، كانت الأمبراطورية الرومية تدفع الخراج إلى الفرس، وكانت عبقرية هرقل العسكرية غير العادية هي التي قاومت العراقيل الثقيلة، ومنعت آسيا الصغرى كلها والشام ومصر من الانضمام إلى ممتلكات الفرس.

٩ ـ ولذلك حينما خرج حفنة من العرب تسعهم قبضة اليد (أي قليلون)، متحمسين ومتعصبين للغاية، تحت قيادة قواد مهرة هادئي الأعصاب، ليفتحوا العالم، لم يصطدموا بقوتي الأمبراطوريتين الرومية والفارسية، بل صادفوا أمبراطوريتين منهزمتين منهارتين، بل مصابتين بجراحة مميتة[١]. إن نظام الإدارة المالية الرومية لم يزل يؤدي واجبه وإن كان من الصعب أن نعرف إلى أي حد كان ناجحاً، وكانت الرفاهية باقية بين المثرين قليلي العدد، ولكن من المبالغة أن نتحدث عن استيلاء العرب على المدن الشامية «الغنية، المنظمة تنظيماً إدارياً»، كما زعم شلون آموس. ولعل من الأسباب التي تفسر جزئياً سرعة فتوح العرب الخاطفة هو أن الأمبراطورية الرومية لم تساو حينئذ في نظر الرجل (الرومي) العادي شيئاً ذا قيمة يستوجب عناء الحرب[٢].

١٠ ـ لا شك في أنه يجب، حتى في أوقات الانهيار العام للتمدن،

---

(١) بالغ في هذا الزعم حد المبالغة. ولو صح أن إيران كانت قد جرحت عند الهزيمة في نينوى جراحة مهلكة، فإ ن ذلك بعينه لا يصدق على الروم البيزنطيين الفاتحين. والجنود التي جندها هرقل لمحاربة إيران كانت تستوعب مئات الآلاف من أهل العسكر المدربين (وكان قد أرسل منهم مائة ألف إلى مؤتة لمحاربة سرية أرسلها النبي ﷺ عام ٨ للهجرة، أثر اغتيال السفير الإسلامي في الأراضي البيزنطينية). فهل يجوز أن يقال أن الحبشة مثلاً في السنة ١٩٤٥م كانوا قادرين لا على احتلال ألمانيا أو إيطاليا المنهزمتين فقط، بل على احتلال روسيا أيضاً؟ أن المسلمين حاربوا الروم والفرس معاً حرب الدفاع، واستولوا على بلادهما في نفس الوقت، رغم «العبقرية العسكرية» لهرقل الرومي ورستم الإيراني. فهذا من بركات النبوة. (مترجم).

(٢) «وسبب آخر هو أن الجيش الرومي في الشام ومصر كان يشتمل على كثير من العرب، أقرباء المهاجمين ـ المسلمين.) مؤلف ـ من المعروف أن ملك غسان، وكان من نصارى العرب لم يحجم عن قتل سفير أرسله النبي ﷺ. فنرى أن هؤلاء المتنصرة من العرب كانوا ينقمون من الإسلام أكثر مما كان ينقم منه نصارى الروم. (مترجم).

أن يكون للناس نوع من النظام القانوني، وأنهم يتمسكون بشعور أو بدون شعور بما تعودوا عليه من التقاليد والتعامل لديهم. ولذلك عندما يتكلم فون كريمر عن «القواعد الرومية البيزنطيةِ التي بقيت في شكل العرف والعادة»، أو عندما يتكلم سانتيلانا عن احتمال بقاء مثل هذه العناصر «في جنب عناصر أخرى للتمدن التي كانت طافية على الماء ويجب الاعتناء بهذه الكناية ـ في الشرق»، فهما يتكلمان عن شيء ليس بمستغرب في حد ذاته، أما بناء نظام قانوني جديد من هذا الحطام فهو أمر، وأخذ نظام يوستي نيان القانوني مع ما فيه من دقائق معقدة ولطائف فهو أمر مغاير له تمام المغايرة.

١١ ـ ومن المقرر على العموم أن مجموعة القوانين Corpus Juris (ليوستي نيان) لم تتلق رواجاً في الأمبراطورية الرومية الغربية (من ايطاليا وما جاورها). وبقدر ما كانت تلك الدولة تطبق القانون الرومي فقد كان قانوناً مبنياً على مدونة الأمبراطور تيودوسيوس Theodosian Code مضافة إليها تقاليد المتوحشين (الألمان) الذين ظلوا، رغم انتصارات يوستي نيان، يمثلون الطبقة الحاكمة، بينما تحوّل أهل روما الأصليون إلى طبقة محكومة. وفعلاً انتهت كلمة «رومي» Romanus تعني في بعض النواحي «رجل غير حر». ولذلك فمن المستبعد أن يكون للقانون الرومي العربي أدنى تأثير على تأسيس الشريعة الإسلامية، حتى ولو لم يكن ثابتاً أن أصولها الأساسية قد تكونت في المدينة المنورة قبل أن ينقلها إلى المغرب الإسلامي أصحاب مالك، ذلك الإمام الكبير، في النصف الثاني من القرن الثامن الميلادي. أما الأمبراطورية الرومية الشرقية (البيزنطينية) فقد كان أمرها مختلفاً، وليس هناك مجال للشك في أن المحاكم البيزنطينية كانت تؤدي وظائفها، كما كان الموظفون يطبقون (فيها) القانون الذي وضعه يوستي نيان، وتمرّس به المحامون الذين تدارسوه في بيزنطة (استانبول) ولكن وثائق البردى Papyrus تشهد جلياً، على الأقل فيما يتعلق بمصر، أن قدراً كبيراً من التقاليد كان قد بقي أما كمنافس وأما كنوع حليف متشاكس للنظام الرومي. إن يوستي نيان كان قد حاول منع تسرب «الآراء الأجنبية» إلى القانون الرومي. ويمكن اعتبار هذا سعياً من جانبه لحماية القانون الرومي من التغير تحت تأثير التقاليد المحلية. وقد لا تكون لهذه النكتة أهمية كبيرة في بحثنا الحالي فيما عدا اشارتها إلى أن أجزاء القانون الرومي لم

تكن وحدها المادة التي يمكن أن يكون الفقهاء المسلمون قد استعملوها في بناء نظامهم القانوني الجديد.

١٢ ـ إن وجود كتاب يسمى «القانون السوري الرمي» Syro-Roman Law في الشام يعتبر شهادة واضحة ضد القول ببقاء مجموعة قوانين يوستي نيان. إن هذا الكتاب[١] متن مدرسي وضع أساساً للطلاب، أو خلاصة للقانون الرومي. فهو يعالج القانون المدني Jus civile فحسب، دون القواعد المأخوذة من أقضية الحكام العدلية[٢] Jus honorarium. وقد ألف أصلاً باللغة اليونانية، وربما باللغة اللاتينية، في عهد الأمبراطور زينون Zenon[٣] (حكومة ٤٨٧ إلى ٤٩١)، في سنة ٤٨٠م. فهل يمكن لنا أن نتصور أن في وسع أهل القانون الإنكليز المعاصرين (من القضاة والمحامين) أن يطبقوا جميع القانون (الإنكليزي الموجود) على أساس كتاب دراسي للطلاب المبتدئين، لم يؤلف قبل وضع القوانين زمن وزارة بركنهيد[٤] Birkenhead فحسب، بل حتى قبل ضم القانون Law إلى الاستحسان Equity بواسطة «القوانين لآداب القاضي» Judicature Acts[٥] ومع ذلك فإن هذا بعينه هو ما كان يحاوله أهل القانون

---

(١) ومما يذكر بهذه المناسبة أن المشابهة الوحيدة التي وجدت بين (محتويات) هذا الكتاب وبين القانون الإسلامي هو أن الإسلام يأمر، بأن لا وصية بأكثر من الثلث. كذلك في هذا الكتاب. ومما لا شك فيه هو أن هذا الحكم قد زيد في النص الأصلي من هذا الكتاب.» (مؤلف) ـ هذا تأليف من العصر الإسلامي. وقد كتب المستشرق نالينو Nallino عدة مقالات عنه، باللغة الطليانية. (مترجم).

(٢) يراد به القانون الذي يضعه الحاكم القضائي حسب مقدرته بواسطة إعلاناته. (مترجم).

(٣) حكم من ٤٨٤ إلى ٤٩٩١م. (مترجم).

(٤) لما تولى بر كنهيد وزارة العدلية في أنكلترا بعد الحرب الأولى العالمية، عني بتدوين القوانين على أساس ما كان متعاملاً أو موجوداً في السوابق القضائية من المحاكم العدلية. منها قانون الملكية، وغيره. وقبل ذلك كانت القوانين الانكليزية غير مكتوبة. وكذلك منها إلى الآن. (مترجم).

(٥) في قديم الزمان كانت في أنكلترا ثنوية قضائية بحيث أنه لو ذهب أحد لقضيته إلى محكمة القانون العمومي (كومن لو كورت) Common Law Court قضيت بنهج، ولو ذهب إلى محكمة قانون الاستحسان (تشانسري كورت) Chancery Court قضيت بنهج آخر

الذين كانوا يستعملون كتاب «القانون السوري الرومي» بعد تشريعات يوستي نيان. وكان هذا الكتاب الوجوي التافه الذي ترجم إلى السريانية والعربية، وراج في الكنائس الشامية[١] ككتاب دراسي وجيز للقانون. وفي هذا مبرر واضح زعم نالينو[٢] Nallino أن السريانيين من القرن التاسع للميلاد لم يسمعوا قط عن يوستي نيان كواضع قانون. وإن لم يكن قد سمع عنه (النصارى) فكيف يمكن أن قد سمع عنه سادتهم العرب (المسلمون)؟ وهذا مع أنه لا توجد ولا إحالة واحدة في كتب الفقه إلى سند رومي[٣].

١٣ ـ فالحقيقة البارزة إذن هي أنه منذ عهد يوستي نيان إلى ما بعده كان القانون الرومي قانوناً أجنبياً، مكتوباً ـ فيما عدا تعديلاته الأخيرة ـ بلغة

خلاف ذلك تماماً أحياناً. وفي سنة ١٨٧٣م وضع البرلمان الانكليزي قانون الإصلاح القضائي Judicateur Actفقضى على هذا الفرق، وأمر جميع المحاكم العدلية بتطبيق قانون موحد. (مترجم).

(١) كما سيذكر المؤلف أيضاً في الفصل ٢٣ من هذا المقال، أن أهل الذمة كانوا يتمتعون بالاستقلال الكامل في المسائل القضائية. فلو كان طرفا نزاع من النصارى مثلاً، كان القانون نصرانياً والقاضي نصرانياً والمحكمة نصرانية. والقاضي عادة من أهل دينهم، من القسيسيين والرهبان. ولهذا السبب احتاج نصارى الشام إلى كتاب قانوني يدرسونه. ولما كان الإنجيل لا يحتوي على القوانين فقد اكتفوا بالقانون الرومي المعاصر للملوك النصرانيين من بيزنطية. (مترجم).

(٢) في كتابه الطلياني «كتب قانونية بيزنطينية» Scritti juridici byzantiniص ١٥٨ ـ ١٥٩، وفي مقالة الآخر الطلياني «في الكتاب السوري الرومي» Sul libro Syro- romanoص ١٨٣. وهذا المقال مطبوع في الكتاب الطلياني «دراسات بون فانته Studi P. Bonfante، ج١ طبع بافيا Pavia١٩٢٩. نحن نقبل في هذا الصدد نظرية نالينو عن «الكتاب السوري الرومي» القانوني. وحتى لو قبلنا نظرية متيتس Mitteisأو أي نظرية أخرى فإن هوة الخلاف تتسع بين «الكتاب السوري الرومي القانوني» والأحكام الراقية التي توجد في مجموعة قوانين يوستي نيان Corpus juris. وكذلك يعظم الفرق الذي بينه وبين آراء أوائل الفقهاء المسلمين الذين كان لهم ذكاء حاد في الاستدلالات. (مؤلف).

(٣) إن الفلسفة الإنسانية الإسلامية أيضاً مرتكزة على الله، ولو لم يكن ارتكازها في امتداد القانون الإسلامي، ورغم ذلك تعترف هذه الفلسفة بكل صراحة أنها مدينة لأفلاطون وارسطاطاليس. (مؤلف) ـ يريد أن يقول أن الفقهاء لم يكونوا أقل صدقاً وديانة من الفرسفة والأطباء المسلمين. فلو كانوا قد استفادوا من المصادر الأجنبية شيئاً في الفقه لذكروا ذلك واعترفوا به. (مترجم).

أجنبية (أي لاتينية)، لا يفهمه سكان المقاطعات (الشامية والمصرية)، وكان يطبقه الموظفون، لا لأن لهم أي صلة بالمقاطعة ـ وإن تصادف ذلك أحياناً ـ بل لأنهم ممثلو السلطة الأمبراطورية التي كانت بعيدة جداً منهم، بل تكاد أن تكون أجنبية. فقد كان القانون الرومي سراً مطوياً لا يتأتى الوقوف عليه إلا في أعقاب دراسة مطولة في (عاصمة) بيزنطة، دون ما عداها. وترجع هذه الحالة إلى ثلاثة أسباب:

أ ـ عدم رواج اللغة اللاتينية في الاستعمال العام.

ب ـ غلق أبواب جميع المدارس القانونية على أيدي يوستي نيان ما عدا مدرستيَ القسطنطينية وبيروت.

ج ـ خراب بيروت في زلزلة عام ٥٥١م، وانقراض مدرستها القانونية النهائي في عام ٥٦٠م.

١٤ ـ وفيما يتعلق بالسبب الأول فمن المقرر الآن على العموم أن عهد يوستي نيان كان نقطة التحول التي اختفت عندها اللغة اللاتينية من الاستعمال الرسمي أيضاً بعد أن كانت قد اختفت فعلاً من الاستعمال العام. و«الأحكام الجديدة» Novellae كان أصدرها يوستي نيان باللغتين (اللاتينية واليونانية)، أو باليونانية بدون ترجمة لاتينية. ولكن كتبه «مجموعة القوانين» Corpus Juris و«العهود» Institutes و«المدونة» Code و«الخلاصة» Digest وهذا الأخير في أجزائه القديمة، لم تزل باللاتينية. ويبدو أن الترجمات الوحيدة التي ألفت ـ سوى شر تيوفيلوس Theophilus لكتاب «المعهود» المذكور آنفاً، الذي حاز صفة شبه رسمية بسبب وظية مؤلفة في الدولة ـ كانت تهدف إلى تخفي العبء عن طلاب القانون في السنة الأولى من دراساتهم القانونية. ولم تكن هناك أدنى محاولة لصياغة جل القانون بلغة يفهمهما السكان (النصارى) حتى بعد قرنين (من الفتح الإسلامي)[١]، حين بلغت

---

(١) ألف كتاب «المنتخب» باليونانية Eclogaفي سنة ٧٤٠م ـ ١٢٣هـ، و«الكتاب اليدوي» باليونانية Procheironما بين ٨٠٠م ـ ١٨٤هـ و٨٥٠م ـ ٢٣٦هـ، و«الكتاب الملوكي» باليونانية Basilicaوهو متأخر زماناً عن هذا الأخير، بينما مات الإمام مالك عام ٧٩٥م ـ ١٧٩هـ،

العلاقات السياسية بين الإسلام وبيزنطة حالة أضحت معها الاستعارة المباشرة من (القانون البيزنطي) غير ممكنة ومن ثم خارجة عن البث، وحين كانت الأساسات الرئيسية للفقه قد وضعت فعلاً.

١٥ ـ ثم أصدر يوستي نيان أمره الجامع Omnem فألغى جميع المدارس القانونية ما عدا مدرستي القسطنطينية وبيروت. وذلك حرصاً منه على صيانة جوهر القانون الرومي (حتى لا تشوبه شائبة أجنبية)، وصيانة وحدته (حتى لا يتغير حسب البلاد والأزمنة) ولكنه مع ذلك أغلق الباب (بسبب هذا الأمر) في وجه كل فكر جديد. ويمكن القول بأن مثل هذا التركيز ليس من أمارات القوة بل هو من أعراض الشعور بالضعف، كما سبق أن حدث عند انسحاب القوات الرومية من بريطانيا. ومهما كان الحال، فلا شك في أن مدارس القانون قد أغلقت فعلاً أبوابها. وبما أن القانون والمحاكم العدلية كانت تابعة لمشيئة الأمبراطور، فمن الظاهر أنه لم يمكن لطلاب القانون أن يكتفوا بشهادات (محلية) للدراسة لا يعترف بها الأمبراطوري. ورغم ذلك فإن الأستاذ شلدون آموس يزعم أن مدرستي القانون ببيروت والاسكندرية قد استمرتا أكثر من قرن بعد الفتح الإسلامي للشام ومصر.

١٦ ـ وسوف نتحدث عن بيروت فيما بعد. أما بالنسبة إلى الاسكندرية، فالسند الوحيد للأستاذ آموس هو الزعم أن اغاثياس[١] Agathias قد ردس القانون بالاسكندرية بعد رفع قرن من صدور «الأمر الجامع» Ommem ليوستي نيان. وقد وجد هذه المعلومات في مصدر غير مباشر. وهو مبني على سوء تفاهم دمونتروي De Monreuil ذلك المؤلف الفرنسي المجهول[٢]. إن أغاثياس يتحدث عن زلزلة ٥٥٤م. وشتان بين هذا

والإمام أبو حنيفة ٧٦٧م ـ ١٥٠هـ. (مؤلف) حتى الإمام الأوزاعي توفي سنة ٧٧٣م ـ ١٥٧ هـ، والإمام أبو يوسف ٧٩٨م ـ ١٨٢ هـ، والإمام محمد الشيباني ٨٠٤م ـ ١٨٩هـ، والإمام الشافعي ٨٢٠م ـ ٢٠٤ هـ ولا يزال المسلمون يرجعون إلى كتب هؤلاء الأئمة حتى اليوم. وجميع مؤلفي الفقه بعدهم ليسوا إلاّ شارحين أو ملخصين لكتبهم. (مترجم).

(١) مؤلف يوناني، دوّن تاريخاً لعصر الامبراطور يوستي نيان. (مترجم).

(٢) وقد تابع دمونترووي De Montreuilترجمة اسكاليجر Scaligerطبعة سنة ١٦٠١م. (مؤلف).

وبين القول: «أكثر من قرن بعد الفتح الإسلامي». ونص ما قاله اغاثياس هو (باليونانية) «كنت مشتغلاً ـ هناك أي بالاسكندرية ـ بدراسة إعدادية قبل القانون». والمعنى الوحيد الممكن لهذا، كما تجلى بكل حق لنيبور[1] Niebuhr هو أنه اشتغل بدراسة إعدادية حرة قبل دراسة القانون، ولا يحتمل غير هذا المعنى. ثم يستمر اغاثياس في القول بأنه غادر الاسكندرية تلك السنة ليسافر إلى بيزنطة (القسطنطينية) حيث كانت توجد المدرسة الوحيدة المختصة بالفن (القانوني) ـ باستثناء ما عسى أن يكون باقياً من مدرسة بيروت في (ملجأه من) صيدا Sidon ـ والتي يمكن فيها دراسة القانون الرومي والحصول على إجازة الاشتغال به. وكان في بيزنطة أنه بدأ وأتم دراسته القانونية.

١٧ ـ وقد ثبت ذلك قطعاً من مقطوعاته الشعرية epigram التي نجد إحداها في كتاب «مجموعة الأشعار اليونانية» Anthologia Graeca ج١، رقم ٣٥، تتحدث عن تقديم قربان للوفاء بنذر منوط باسم جماعة من طلاب القانون، من بينهم اغاثياس، وروفينوس Rufinus الاسكندري وكانوا قد أكملوا السنة الرابعة من دراستهم القانونية. وقدم هذا القربان إلى تمثال ميكائيل عليه السلام[2] الذي هو من كبار الملائكة، «على اوستينو» ـ كما ذكر باليونانية ـ أي

---

(١) إن نشرة نيبور Niebuhr لرسالة اغاثياس Agathias موجودة في «مجموعة رسائل تاريخية بيزنطينية» Corpus scriptorum hist. byz. ج٣، طبعة بون Bonn بألمانيا، ١٨٢٨م وأعيد طبعها ولكن يعد حذف المقطوعات الشعرية في نشرة مين: «رسائل الآباء اليونانيين»

Migne Patrologia Graeca، ج٨٨، باريس ١٨٦٤م. وفي النص اليوناني كلمة «قبل القانون» وليس لها معنى. ولا يمكن أن يكون المعنى «قبل استعمال القانون كالمحامي». ويجب أن يفهم أن هناك كلمة محذوفة. ولا يمكن أن يكون المحذوف إلا تكراراً كلمة «دراسة» (اجتناباً عن التكرار). والاقتراح لتصحيحها في «القانون» أيضاً لا يؤدي المعنى الذي أراده اسكاليجر ودومنتروي (أي بعد ربع قرن لنفاذ كتاب يوستي نيان «الأمر الجامع»). (مؤلف).

(٢) نميل بسبب العبارة (١٢/٧) في كتاب المكاشفة Apocalypse وهي آخر رسالة في «العهد الجديد» من الإنجيل إلى أن ميكائيل وظيفته قيادة الجنود السماوية، ولكن حسب كتب الفضائل والمناقب hagialogy للربيين اليهود هو أيضاً محامٍ كبير يحاج ويدافع عن إسرائيل. ويسمونه بالعبرانية سانيغور Sanegor، والكلمة ليست إلا معبرة عن اليونانية «سونيغوروس». وفي كتاب «اليوبيلات» Book of Jubilees ـ (الذي ألفه مجهول بالعبرانية، وكرر فيه محتوى كتاب التكوين من التوراة، من العهد العتيق مترجم) ـ تنسب إلى ميكائيل وظيفة تعليم

على خليج استينيا Stenia الذي يقع على البوغاز Bosphorus في استانبول. وفي السنة الدراسة الخامسة انسلخ اغاثيناس عن الانغماس في ملاهي العاصمة ليفرغ لبرنامج هادىء من الدراسة القانونية العميقة في الريف، على الضفة الشمالية من خليج قرن الذهب Golden Horn (في ضواحي القسطنطينية قديماً، وفي داخل بلدة استانبول اليوم حيث ينتهي هذا الخليج إلى مزار سيدنا أبي أيوب الأنصاري). وقد تتابعت «سن ثم» مراسلات طريفة بينه وبين صديقه باولوس سيلنتاريوس Paulus Silentiarius الذي يبدو أنه لم يعط أهمية كبيرة لتفرغ لماثياس لدراسة القانون. وتوجد هذه المراسلات في «مجموعة الأشعار اليونانية» (ج٥، رقم ٢٩٢، ٢٩٣). وهناك قطع شعرية أخرى لاغاثياس ربما كانت ذات علاقة بنفس الفترة، ولكن الدلائل الجغرافية لا تذهب إلى حد القطع. فمنها كتابة على قبر أحد زملائه في دراسة القانون (مجموعة الأشعار اليونانية، ج٧، رقم ٥٧٤)، وهي موجهة إلى صديقه تيودور نائب القنصل[1].

١٨ ـ أما مدرسة بيروت[2] (للقانون) فقد كانت قد خرجت بفعل الزلزال الواقع عام ٥٥١م، وكان أساتذتها وطلبتها قد تحولوا إلى صيدا حيث بقوا حوالي عشر سنين. وحينما كانوا على وشك الرجوع إلى بيروت

= القانون، فكان ينزل القانون بأمر الله إلى موسى عليه السلام، كما أن جبريل ينزل بالقرآن حسب عقائد المسلمي. إن هذا التصور قد انتقل إلى النصراية، كما تشهد به الجملة التاسعة من رسالة يهودا (في «العهد الجديد»، حيث ذكر: «لما حاج ميكائيل كبير الملائكة إبليس، وخاصمه في نعش موسى، لم يتجاسر أن يتناوله في السب والشتم، بل اكتفى بالقول: أنبك الرب». مترجم). ولعل هذا يشرح سر المقطوعات الشعرية التي لا تقل من ثلاث، والتي أهداها هذا الشاب القانوني إلى هذا الملك (ميكائيل). وقد ذكرنا إحداها قبل. والثانية تذكر أن ميكائيل منح تيودور Theodore أوسمة حكومة افسوس Ephesus فراجع ج١، رقم ٦ظ من «مجموعة الأشعار اليونانية» Anathologia Gracea وأما الثالثة فمعزوة إلى صنم في بلاج Plag وهي من ضواحي القسطنطينية. (مؤلف).

(١) هذه الوظيفة كانت تعادل آنذاك وظيفة والي الولاية. (مترجم).

(٢) راجع الكتاب الفرنسي لكولينه «تاريخ مدرسة الحقوق في بيروت»

Collinet, Histoire de l'école de droit de Beyrouth.

طبع باريس ١٩٢٥م، ص٥٤ ـ ٥٨. (مؤلف).

في سنة ٥٦٠م، حلا مصيبة جديدة على المدرسة، وهي تحطيم بناءها الجديد في حريق. ومنذ ذلك الحين لم يسمع عنها شيء (كما برهن الأستاذ كولينه Collinet). ولم تزل بيروت إلى سنة ٦٠٠م عبارة عن بقايا خرائب. فإذا اعتبرنا توالي المصائب (على الدولة البيزنطينية في الشام ومصر) في السنوات التي تلتها فإنه من غير المحتمل أن تكون بيروت حين سقوطها في أيدي المسلمين في سنة ٦٣٥م شيئاً سوى بعض الخرائب والخدد، أي بعد خمس وسبعين سنة من مغادرة الناس مدرسة القانون (في ملجأ صيدا). ومضى زمن طويل بعد موت آخر أساتذتها وانطواء آخر دروسها في حيز النسيان. ومن ثم فإن المصدر الوحيد لطلاب القانون المجازين منذ ثلاثة أرباع القرن عبر الأمبراطورية البيزنطينية بأجمعها كان مدرسة بيزنطة (القسطنطينية).

١٩ ـ والأساس الآخر الوحيد لخرافة بقايا هذه المدارس القانونية هو إشارة عرضية لفون كريمر Von Kremer. وقد يكون مفيداً للذين يدرسون الخرافات والأساطير أن يروا كيف نمت هذه الأسطورة. فقد كان هذا المؤرخ الكبير (فون كريمر) قد ظن في كتابه الألماني «التاريخ الثقافي للشرق» ـ راجع ترجمته إلى الإنكليزية للسيد خدا بخش، طبع كلكته ١٩٢٠، ص٤٤٧ ـ على أن الإمامين الأوزاعي والشافعي كانا قد ولدا في الشام[1]، فقال: «كانا في أغلب الظن على معرفة بكثير من قواعد القانون الرومي البيزنطيني التي قدر لها البقاء في شكل قانون التقاليد (والعرف والعادا)». وفي أيدي من رووه فيما

(١) ولد الإمام الشافعي في غزة بفلسطين، وحُمل إلى مكة حينما كان في السنة الثانية من عمره. وقضى أكثر عمره في الحجاز واليمن. وسكن بغداد أيضاً لمدة قصيرة. وتوفي بمصر. أما الأوزاعي فقد كتب عنه الذهبي في «تذكرة الحفاظ» (طبقة خامسة، رقم ٢٣): كان «أصله من سبي السند» (باكستان). وفي «مروج الذهب» للمسعودي: «من سبي اليمن» بدل «السند». والظاهر أن هذا من سهو القلم أو سهو الطباعة، لأن اليمن لم تكن دار حرب من بلاد غير المسلمين في العصر الأموي حتى يقاتلها المسلمون فيسبونه، بل أسلم أهلها في اعصر النبوي بدو حرب. إلا أن يكون الذهبي أراد أن سبي السند جيء بهم أولاً إلى اليمن، ثم حملوا إلى الشام. والإمام الأوزاعي «سكن في آخر عمره بيروت مرابطاً» (مترجم).

بعد، تحولت عبارة «في أغلب الظن» إلى «من المقرر»، وعبارة «قانون التقاليد» إلى «القانون البيزنطيني». حتى انتهى الأمر بأحدهم إلى أن قطع مؤكداً أن الشافعي «كما هو معروف جداً، تدّرس الفقه في بيروت». أما الأوزاعي فقد كان حفيداً (؟) لعبد هندوكي، عاش طول حياته في الشام، وأساساً في بيروت، لا نعرف كثيراً عنه والآراء حوله متناقضة[1]. وعلى أي حال فقد اندرس مذهبه بسرعة. ولئن أمكن أن يكون له تأثير ما، فإنه لا يمكن اقتفاؤه. أما الشافعي فهو أحد الأعلام في الفقه الإسلامي. وينتمي من جهة أمه إلى النبي (عليه السلام)، ومن جهة أبيه إلى أعمام النبي (عليه السلام، من أولاد المطلب، عم عبد المطلب). ومع أنه قد ولد بغزة في فلسطين، فقد نقل وهو صغير السن إلى مكة. ومن هناك أرسل وهو ما يزال طفلاً إلى إحدى قبائل البدو[2]، ليتعلم محض اللغة العربية. ثم ذهب يتعلم الفقه، في مرحلة المراهقة، لا إلى بيروت، بل إلى المدينة المنورة.

٢٠ ـ ولكن هناك من يقول لنا أن «جميع النظم القضائية الرومية لم تزل باقية في دمشق قرناً كاملاً بعد الفتح العربي». وسند هذا القول هو سوّاس باشا. ونص قوله منقول كما يلي من كتابه الفرنسي «دراسة في نظرية الشريعة الإسلامية» Etude de la théorie de droit musulman طبعة ثانية، ١٩٠٢م.

---

(١) لقد فحصت بمعاونة زميلي الفاضل الدكتور الشيخ عبد القادر ـ لعله علي حسن عبد القادر (مترجم) ـ جميع المراجع عن الأوزاعي في تاريخ الطبري، كذلك في رسالة نسبت إلى أبي يوسف عن اختلاف أبي حنيفة والأوزاعي فيما يتعلق بالغنائم ـ كأنه يريد كتاب «الرد على سير الأوزاعي» لأبي يوسف، المطبوع في مصر، هو ملخص من باب «سير الأوزاعي» من الأم للشافعي، (مترجم) ـ وليس هناك أي أثر يدل على تأثير القانون الرومي (على الأوزاعي). ويجب أيضاً أن تفحص كتاب «اختلاف الفقهاء» للطبري حيث يوجد ذكر كثير للأوزاعي. وربما أيضاً فحص كتاب في الفقه منسوب إلى الأوزاعي نفسه، ويقال إن نسخة منه محفوظة في مكتبة مسجد القيروان Al Kairawan (مؤلف) ـ لا يوجد في القيروان بتونس مكتبة. لعل مراد المؤلف مسجد القرويين بفاس من المغرب، وفيه مكتبة شهيرة، ولكن لم يجد فيها مثل هذا الكتاب بروكلمان GAL ولا فؤاد سزكين GAS في فهارس الكتب العربية التي نشراها. (مترجم).

(٢) إن مثل هذه العادة العربية كانت توجد أيضاً في أرلندا في القرون الوسطى، وكانت تسمى الإرضاع fosterage (مؤلف).

«(ص٢١). من المعلوم لدى الكافة أنه فيما عدا التأثير الذي يبدو أن القانون الرومي كان قد مارسه على الشريعة الإسلامية الناشئة، فإن التطور اللاحق والنهائي للقانون الإسلامي وتكوين مدونات الفقه هو من صنع العماء الذي درسوا علم القانون ومارسوا وظائف تشبه لوظيفة بريتور[1] Préteur (أي المفتي الرومي) في الشام. وفي زمن حكم (معاوية رضي الله عنع) بقي النظام القضائي في الشام قريباً مما كان عليه قبل الفتح. وكان المفتي (الإسلامي) موظفاً قضائياً magistrat يقوم بوظائف شبيهة لوظيفة بريتور الرومي، وكان يصدر صيغاً نموذجية formules للأحكام. أما القاضي فكان يهتدي بهذه الصيغ، ويفحص الوقائع(المتنازع فيها أمامه) للتوجيهات التي تتضمنها هذه الصيغ، ثم يصدر حكمه على أساس الرأي الذي أظهره بريتور (المفتي الإسلامي) في صيغته.

«وإني لا أجعل أن الإجراءات على أساس الصيغ كانت قد بدأت في الأمبراطورية الرومية تخلي محلها منذ عهد دقلديانوس Dioclétien (دقيانوس) للإجراءات المسماة بغير العادية extra ordinem cognito (أي الاعتناء بالشكوى خارج العادة)، وأنه بعد انتقال العاصمة إلى القسطنطينية ابتعدت إجراءات الصيغ النموذجية عن العادة تماماً. والواقع مع ذلك أن الفاتحين (المسلمين) قد وجدوا في الشام نظام الصيغ النموذجية في كامل قوته».

٢١ ـ ومعنى هذا أن سواس باشا أراد أن يهيأ السلاح اللازم لجهاد الإصلاح الذي كان هو مشغولاً به ـ ذلك الجهاد الذي كان جديراً بالثناء دون شك ـ فلم يكتف فقط باقناع نفسه بأن نظام الصيغ النموذجية عاش أربعة قرون بعد ما علم أنه انقرض، بل أيضاً بأن مؤسسي الفقه الإسلامي كانوا يدرّسون ويشتغلون بالفقه بالشام، وحتى في بلاط الخليفة معاوية (رضي الله عنه) (رغم أن الفقهاء استمروا في مقاومة سلبية، كثيرة أو قليلة، ضد معاوية وضد جميع الخلفاء الأمويين باستثناء وحيد، أي تجاه عمر

(١) في روما القديمة كانوا يختارون كحاكم judex في المحكمة القضائية رجلاً وجيهاً مهيباً. وكثيراً ما كان أمياً جاهلاً. ولذلك كانوا يزودونه بمشير (بريتر) يفسر لحاكم العدل ما هو قاون الدولة في القضية التي تعرض أمامه للسماع والقضاء. (مترجم).

القاني (ابن عبد العزيز)[1]. والحقيقة أن الانفصال بين «الأمراء» و«الفقهاء»، الذي استمر خلال جميع التاريخ الإسلامي، قد تولد في هذه الفترة. وله صلة أساسية ببحثنا، كما سيذكر فيما بعد. وباستثناء الأوزاعي، لم يكن أحد من كبار فقهاء العصر الأموي، أو أوائل العهد العباسي، يسكن أو يعمل في الشام. فقد كان مركزهم المبكر في المدينة والكوفة، ثم بغداد فيما يتعلق بأبي حنيفة[2] وأصحابه وأحمد بن حنبل، ثم بغداد ومصر[3] بالنسبة إلى الشافعي.

---

(١) لا شك أن أبا موسى (الأشعري) تولى الوظائف لمعاوية في ظروف لا تعد على العموم مدعاة لفخر ويؤكد تريتون في كتابه الإنكليزي «الخلفاء وأهل ذمتهم».

Tritton, The Caliphs and their Non-Muslim Subjects.

ص٢: «إن القانون الإسلامي بدأ يتطور خارج بلاط الخلفاء، وبعيداً عن الحكومة». وهذا من المتفق عليه لدى جميع الباحثين. (مؤلف) - لا يصح أن يقال أن الفقهاء كانوا يخالفون الخلفاء الأمويين خاصة ويقاطعونهم. من ذا عساه أن يكون أتقى وأعلم من الإمام الزهري والإمام الأوزاعي؟ وهما ممن لهم صلات أكيدة بالأمويين. وبما أن محاكم العدل والقضاء لها حرية تامة واستقلال كامل عند المسلمين، فقد كان الفقهاء يقبلون وظيفة القضاء بدون تردد، لأنهم رأوا أن الخلفاء أو من حولهم لا يتدخلون في حرية المحكمة العدلية حتى عند القضاء ضد شخص الخليفة. وكان القضاة عادة من كبّار الفقهاء. وكان ذلك شرطاً لا بد منه. ولا يقال أن الفقيه من ألف كتاباً في الفقه، لا غير وكم من قاضٍ كبير، وكان كل واحد منهم فقيهاً، لم يدون حتى فتاويه. وكل مدينة وقرية من الشام ومصر، فيها قاضٍ. وكذلك في سائر البلاد الإسلامية وذلك لا ينفي وجود أمثلة شاذة منها، أن رجلاً متديناً فطناً عادلاً، ولكنه أمي، تولى منصب القضاء في أول الإسلام، وقضى بمشاورة الفقهاء. ولكن الشاذ كالمعدوم، والنادر لا يقوى على نقض القاعدة الكلية. أما الفقهاء المتقون ذوو الورع الشديد الذي كانوا يرفضون تولي القضاء، فلم يكن يحملهم على ذلك ظلم الخلفاء، بل حديث للنبي عليه السلام يحذر الناس من الرغبة في وظيفة القضاء، لأن مسؤوليتها عظيمة. فكان هؤلاء الفقهاء المتقون يريدون أن لا يرتكبوا الظلم ولو بدون قصد. ومثل هذا الإباء والكراهة لم يختص بالخلافة الأموية، بل جده في عصر سيدنا عمر، بل وفي عصر النبي عليه السلام. وهي وقائع فردية فحسب. (مترجم).

(٢) لم يسكن أبو حنيفة بغداد، بل الكوفة. . ولم يدفن ببغداد حديثة التمصير إلا لأن الخليفة المنصور كان طلبه إلى عاصمته وسجنه فيها حتى توفي أبو جنيفة. (مترجم).

(٣) في الأصل «القاهرة»، ولم تمصر قبل الفاطميين. فلو قال «الفسطاط» لكان أصح. (مترجم).

٢٢ ـ لعل أشنع الأخطاء في كل هذا هو التسوية بين منصب «المفتي» و«بريتور» Praetor وبين «القاضي» و«يودكس» Judex (القاضي الرومي). وربما كان في ذهن سواس باشا كبار الموظفين من عصره، مثل شيخ الإسلام في القسطنطينية، ومفتي الديار المصرية ـ (وراجع في وظائف هذا الأخير كتاب لين Lane بالانجليزية «المصريون الجدد» Modern Egyptians باب ٤)، وحتى على هذا الفرض تبقى مقارنة (المفتي مع «بريتور» أمراً بعيداً. لقد كان المفتون الألأئل فقهاء فحسب، وكانوا مستقلين (لا يرجعون في آرائهم وفتاويهم إلى أحد).

٢٣ ـ علق الناس أحياناً أهمية على قول قاله ابن خلدون في مقدمة تاريخه الكبير (وكان اندلسيا عاش في القرن الرابع عشر للميلاد)، من أن معظم مؤسسي المذاهب الفكرية في الإسلام كانوا من أصل غير عربي. ولكن فيما يتعلق بالمؤسسين الأولين للمذاهب الفقهية فإن هذا الإدعاء يحتاج إلى تحفظات مهمة. لا شك في أن زيد بن ثابت (رضي الله عنه) الذي هذّب القرآن للنشر[١] editor كان عبداً معتوقاً. وكذلك كان أبو حنيفة والأوزاعي من أولاد المحرّرين[٢]. أما في حالة زيد فإن حقيقة كونه محرراً لا تمنع كونه من أصل عربي. إن الفقه الإسلامي أسس في بلدتين عربيتين: المدينة والكوفة. وفي التاريخ المظلم عن الفترة التي انقضت بين آخر الخلفاء الراشدين وبين نشأة المذاهب الفقهية يذكر لنا وجود سبعة من كبار الفقهاءي

(١) القول لكاتب الوحي بأنه كان مهذباً وناشراً editor للقرآن، قول لا يستقيم. ولكن لا حاجة بنا ههنا إلى الخوض في بحث ذلك. والقول بأن زيد بن ثابت كان من الموالي والعبيد المعتوقين، هو من سهو الحافظة وقلة المبالاة. كان المؤلف خلط بين زيد بن حارثة الكلبي (مولى النبي وقائد جيوشه في عدة سرايا) وزيد بن ثابت الأنصاري (كاتب الوحي والفقيه وماهر الفرائض وقانون الوراثة). إن زيد بن ثابت من عرب المدينة ومن الأنصار، وليس من العبيد المعتوقين. (مترجم).

(٢) هذا الجواب ليس في محله. لأن ابن خلدون ذكر «العجم»، ولم يذكر «العبيد». وقد ذكر المؤلف نفسه فيما مضى أن الأوزاعي كان هندياً (من أهل السند)، وأن أبا حنيفة أيضاً من العجم. (مترجم).

في المدينة وسبعة[١] في الكوفة[٢]. ويعتبر المدنيون منهم على العموم ذوي أصل عربي خالص، بينما يعتبر الكوفيون منهم ذوي أصل عجمي. ولكن هاتين البلدتين كانتا عربيتين. وكانت كلتاهما ـ والكوفة على الخصوص ـ على بعد عظيم من إمكان أي تأثير رومي. ومن جهة أخرى فإن الكوفة لم تكن بعيدة من الحدود الفارسية، وعلى مسافة سهلة الوصول من المدارس التلمودية من سورا[٣]، وبومباديثا Pumbaditha حيث كان القانون (اليهودي) المدون على أيدي الربيين لا يزال يتدارس. وصحيح لا ريب فيه أن السماحة التي عامل بها الفاتحون الأوائل من المسلمين رعاياهم النصارى واليهود اشتملت على المحاكم العدلية أيضاً (لكل ملة على حدة). ولكن النصارى الأرثوذكسيون والفرق الضّالة من النصارى، واليهود كانوا على قدم المساواة في هذا الخصوص. وكانت المحاكم العدلية التي وسعتها هذه السماحة محاكم دينية[٤] تحت رئاسة

(١) إن الرقم «سبعة» يجب أن لا يؤخذ لفظياً على وجه التحديد، فلا بد أن كل مذهب كان له عدد أكثر بكثير من سبعة من الفقهاء والأساتذة. (مؤلف) ـ «كبار الفقهاء» ليس معناه «جميع الفقهاء». (مترجم).

(٢) أنا لا أعرف «الفقهاء السبعة من الكوفة». والذين من المدينة المنورة معروفون، كثر ذكرهم. وقد ذكر السخاوي بالصراحة (في «فتح المغيث»، ص٣٩٩ ـ ٤٠٠) إن قضاة المدينة أيضاً كان من واجبهم أن يشاوروا الفقهاء السبعة هناك، ويتبعوا فتواهم. وهم: ١ ـ خارجة بن زيد بن ثابت وكان بمشاركة طلحة بن عبد الله بن عوف يعني بقضايا الوراثة ويكتب وثائق المعاهدات. ٢ ـ القاسم حفيد سيدنا أبي بكر الصديق. ٣ ـ عروة بن الزبير. ٤ ـ سليمان بن يسار مولى أم المؤمنين ميمونة أو أم المؤمنين أم سلمة. وقد ذكر الزركلي في الإعلام أنه كان إيراني الأصل. ٥ ـ عبيد الله بن عتبة بن مسعود. ٦ ـ سعيد ابن المسيب.٧٠ ـ أحد ثلاثة أعلام: أبو سلمة بن عبد الرحمن بن الحارث بن هشام القرشي. (ويجوز أن بعضهم اختير عند وفاة البعض الآخرين). (مترجم).

(٣) «سورا»، ذكرها ياقوت في معجم البلدان، وقال: خمرها مشهورة يسكنها السريانيون. (مترجم).

(٤) من الممكن أن هذه المحاكم الكنسية كانت قد بدأت منذ ما قبل الفتح العربي (الإسلامي). ففي الأمبراطورية الرومية الغربية (من إيطاليا وما حولها) لما سقطت عصا الحكم من يد الحكام المدنيين، عندما جرحت الدولة جرحاً مهلكاً، تلقفت الكنيسة تلك العصا. لا شك في أن روح الكنيسة الشرقية (البيزنطية) لم تكن عملية

القادة الدينيين من كل ملة[١].

٢٤ ـ ويجوز أن نفرض أن المحاكم النصرانية (بعد الفتح الإسلامي) قد جرت أساساً على الأصول العامة للقانون الرومي، بشعور أو بدون شعور. وهذا بقدر ما فهمتها تلك المحاكم. ولكن هذا الشيء مغاير جد المغايرة للبقاء المزعوم للمحاكم الرومية مع موظفيها المحترفين ذوي الكفاءة العالية. ويبدو من المحال سماح العرب (الفاتحين) ببقاء المحاكم التي تأخذ سلطتها من دولة أجنبية غير خاضعة للإسلام، وتبذل ولاءها لها، وهذا بقطع النظر عن الفرق الأساسي بين قانون مبني على مشيئة الله وبين قاون مصدره الأساسي رضا الأمبراطور. فنجد في معاهدتي مصر وبيت المقدس[٢] ذكر «الروم» ـ أي الموظفين البيزنطيين ـ كالأجانب وتشترط

شديدة كما كانت في الغرب (في فاتيكان) ولكن في أثناء الفوضى والفساد اللذين حدثا في القرن السادس، وفي أوائل القرن السابع للميلاد كان لا بد من أن يتوجه الناس إلى كنائسهم، ويظهر أن بطريرك يروشلم (بيت المقدس) كان له حظ رئيسي في تسليم المدينة (إلى سيدنا عمر). (مؤلف) ـ ولكن المستشرق نالينو قدم نا (في مقالته التي في هذه المجموعة) تفسيراً مغايراً، فقال: إن الرهبان والقسيسين اشتغلوا كقادة للسكان بالمعاهدات السياسية مع الفاتحين المسلمين، لأن الموظفي اليونانيين، عدا أهل الكنائس، كانوا قد لاذوا بالفرار أما جنود الإسلام، وغادروا البلاد فور بدء هجومهم. راجع الفقرة ٣٣ من هذا الكتاب. (مترجم)؛.

(١) ربما تمكن المقارنة بين هذا وبين «بيت دين» Beth Din ودائرة سماعته (لليهود) في انكلترا مدة طويلة. وكان «بيت دين» من وجهة نظر الدولة مجرد هيئة تحكيم arbitration tribunal بينما كان عند اليهود الراسخين في الدين مكمة دينية يجب الإذعان لها. (مترجم).

(٢) تاريخ الطبري نشرة دخويه، ليدن، راجع المعاهدة مصر السلسلة الأولى منه، ص٢٥٨٨، ولمعاهدة يروشلم (بيت المقدس، أو ايليا Aelia Capitolina)، ص٢٤٠٥ ـ ٢٤٤٦. (مؤلف).

وفي نص معاهدة مصر: «ومن دخل في صلحهم من الروم والنوب فله مثل ما لهم وعليه مثل ما عليهم. ومن أبى واختار الذهاب فهو آمن حتى يبلغ مأمنه أو يخرج من سلطاننا». وفي معاهدة بيت المقدس: «وعلى أهل ايليا أن يعطوا الجزية كما يعطى أهل المدائن. وعليهم أن يخرجوا منها الروم واللصوت. فمن خرج منهم آمن على نفسه وماله حتى يبلغوا مأمنهم. ومن أقام منهم فهو آمن، وعليه مثل ما أهل إيليا من الجزية. ومن أحب من أهل إيليا أن يسير بنفسه وماله مع الروم ويخلي بيعهم وصلبهم، فإنهم آمنون على أنفسهم وبيعهم وصلبهم حتى يبلغوا مأمنهم... ومن شاء سار مع الروم، ومن شاء رجع

معاهدة بيت المقدس شرطاً صريحاً أن يغادر الروم البلاد تماماً. والمعاهدتان تصرحان أن من آثر منهم الإقامة في بلاد الإسلام فسيكون كالمواطن العادي (كأهل الذمة) فحسب.

٢٥ ـ ولكن عهناك باحثاً أكبر شأناً من شلدون آموس وسواس باشا

إلى أهله فإنه لا يؤخذ مهم شيء حتى يحصد حصادهم» (مترجم) ـ وهناك اختلافات الرواية لنص هاتين المعاهدتين كما توجد أيضاً لمعاهدات أخرى مماثلة لهما. ولهذا، بين غيره من الأسباب، شك بعض الباحثين في صحتهما. ولكن هناك اتفاقاً كافياً حول صحة معنى التفاصيل التي اعتمدنا عليها ههنا، وإن لم يتوفر الاتفاق على ألفاظ النص. وبين نص هاتين المعاهدتين كما رواه الطبري وبين الصيغ المختلفة «العهد عمر»، فراجع تريتون، المرجع السابق، الباب الأول فرق كبير جداً، وكل الدلائل تفيد صحة جل ما روى الطبري. وقد أقام الموظفين البيزنطيين في البلاد (حتى بعد الفتح الإسلامي)، ووجدوا أحياناً بعد ذلك وظيفة في خدمة العرب. وفعلاً نقل البلاذري، في أنساب الأشراف، وهو مخطوط لم يطبع كاملاً بعد، مكتوباً لسيدنا عمر إلى عامله في الشام فيه ما يؤيد هذا القول، فإنه كان قد كتب: «ابعث إلينا برومي يقيم لنا حساب فرائضنا». (مترجم) ـ ويبدو أنهم من نوع المغامرين الذين يصيدون في أي ماء مضطرب ولكن ليست هناك أية شهادة لوجود أي رجل قانوني بينهم (راجع تريتون، المرجع السابق، ص١٩). والعهد (المزعوم) لعمر في نصوصه المختلفة يعالج أموراً كانت لا تزال حينئذ تتعلق بالسياسة العملية. وكما لاحظ تريتون: «يبدو أنه كان في المدارس القانونية نوع تدريب على تدوين مسودات المعاهدات». والنصوص التي رواها الطبري مختصرة وعملية. والنقط التي اعتمدنا عليها (للبحث والذكر ههنا) كأن قد زالت أهميتها بمجرد أن بدىء العمل بالمعاهدات ـ (مثل هجرة الروم من البلاد المفتوحة، وغير ذلك، مترجم) ـ ومن ثم فإنه من الصعب أن تكون موضع شك أو تكون قد اصطنعت لأغراض خاصة فيما بعد. (مؤلف) ـ

إن معاهدة بيت المقدس نقلها اليعقوبي أيضاً. ومعاهدة مصر توجد في صبح الأعشى للقلقشندي، وقسم منها في كتاب الأموال لأبي عبيد. وقد كتب لين بول Lane-Pole مقالاً في معاهدة بيت المقدس. أما معاهدة مصر، فسوى لين بول، كتب فيها بتلر Butler أيضاً. ومعاهدة بعلبك لها أيضاً أهمية في هذا الصدد، ونقلها البلاذري في «فتوح البلدان»، ص١٢٩ ـ ١٣٠ (من الطبعة الأوروبية): «. . . هذا كتاب أمان لفلان بن فلان وأهل بعلبك: رومها وفرسها وعربها. . وللروم أن يرعوا سرحهم ما بينهم وبين خمسة عشر ميلاً. . . فإذا مضى شهر ربيع الأول ساروا إلى حيث شاؤوا. ومن أسلم منهم فله ما لنا وعليه ما علينا. ولتجارهم أن يسافروا إلى حيث أرادوا من البلاد التي صالحنا عليها». وعلى من أقام منهم الجزية والخراج» وراجع لنصوص هذه المعاهدات ومصادرها وما كتب عنها من المقالات والدراسات كتاب «الوثائق السياسية للعهد النبوي والخلافة الراشدة» لمحمد حميد الله. (مترجم).

وهو أغناطيوس غولت سيهر. وتعزي إليه أيضاً، غاية في الكثرة، آراء مماثلة. ومن باب الإنصاف مع غولت سيهر، يجب أولاً أن نلاحظ أن آراءه المروية في هذا الصدد على تمام النقيض مع اتجاهه العام في دراسته خارج هذا البحث. ويظهر أنه بعد إمعان النظر قد عدل عن تلك الآراء، لافتقاد مكان لها في تأليفه (المتأخر) الألماني الرائع عن تطور الفقه الإسلامي أي المحاضرات Voriesungen ١٩١٠، راجع ترجمة الباب «القانون والعقيدة في الإسلام» بالفرنسية لآرين Arin, La loi et le dogme d'Islam ١٩٢٠م.

٢٦ ـ والواقع أن غولت سيهر نشر في سنة ١٨٨٤ في مجلة علمية مجرية (هنغارية)[١] مقالة باللغة المجرية تحت العنوان أصل القانون المحمدي[٢] A. Muhammedan jogtudomany eredetérol ويبدو أن هذه المقالة هي التي ترجمت في الولايات المتحدة من أميركا ونشرت في عام ١٩٠٧م في مؤلف إنكليزي عنوانه: «تاريخ المؤرخين عن العالم Historians History of the World حيث سميت المقالة «مبادىء القانون في الإسلام» The Principles of Law in Islam.

سجل غولت سيهر في هذه المقالة بعض آرائه مع عدد من أمثلة المشابهة بين القانون الرومي والفقه الإسلامي. وزعم أن تلك المشابهات لا بد أن تكون مستعارة استعارة مباشرة. وفي مقالاته النموذجية لموسوعة إسلامية ـ والتي نشرت في سنة ١٨٩٩م، مع مشروع لتدوين مثل هذه الموسوعة، ثم أدمجت بعد وفاته، عن، تحقق مشروعه، في «دائرة المعارف الإسلامية» Encyclopaedia of Islam عدّد غولت سيهر هذه المشابهات ولكن دون أن يؤكد أنها دليل الاستعارة. ثم لما نشر كتابه الألماني «الدراسات المحمدية» Muhammadanische Studien في ١٨٨٩ ـ ١٨٩٠م، لم يجد هذا البحث أي مكا فيه. وأخيراً في كتابه الألماني المحاضرات

---

(١) وأيضاً خلاصتها في مجلة أخرى، في نفس السنة. (مؤلف).

(٢) لم أستطع أن أرى أصل المقالة. ولذلك اكرهت أن أعتمد على خلاصة لها صدرت في فهرسة تآليف غولت سيهر، نشرها غويتتر. ولم يذكر في تلك الفهرسة أي تأليف آخر يكاد أن تكون ترجمت منه الخلاصة المذكورة. (مؤلف).

Vorlesungen في ١٩١٠ ـ كما سبق البيان ـ ترك رأيه السابق تماماً فيما عدا إشارة قصيرة عرضية إلى مماثلة اسم «الفقه» لاسم برودنتيا prudentia معرفة عند الروميين.

٢٧ ـ على أي حال، ما دام اسم غولت سيهر الكبير مستشهداً به في هذا الصدد، فإنه من الضروري أن نذكر آراءه بالترتيب ثم نجيب عليها:

١ ـ نشأ القانون الإسلامي في القرن الثاني للهجرة.

٢٨ ـ ليس عناك سبب للشك في الروايات الصريحة والمتفق عليه التي تنسب قانون الميراث[١] الإسلامي إلى زيد بن ثابت، وأبي موسى (الأشعري) و(عبد الله) بن مسعود، والخليفتين عمر وعلي (رضي الله عنهم أجمعين) ـ وهؤلاء الجميع من صحابة الرسول ـ خلال عهد الخلفاء الراشدين، أي أثناء الثلاثين سنة التي تلت وفاة النبي (عليه السلام).

٢٩ ـ وفي هذا الصدد كان شلدون آموس رأى أن أصحاب النبي لم يكن لديهم الوقت ولا المقدرة الذهنية المطلوبة، ولم يكونوا كذلك نوع رجال لازمين لبناء نظام قانوني منقح». ولا شيء قرين لعموم هجوم هذا الرأي إلا عدم صحته. لقد كان العرب من أهل مكة والمدينة معتادين على الحياة الاجتماعية في مدن منذ قرون قبل نبي الإسلام، مع كل ما تتضمنه هذه الحياة من معنى. والفرق بين «الفقهاء» (أهل القانون) وأهل الدين (أصحاب الإلهيات)، وبين الأمراء وقواد الجيوش كان موجوداً منذ بدء الإسلام. و«تعليمات عمر إلى القاضي» (أبي موسى الأشعري رضي الله عنهما)[٢]، رغم أنها نقلت إلينا بطريق الروايات الشفهية[٣]، تعتبر صحيحة.

---

(١) ذكر ذلك القانون بتفصيل جامع في القرآن. وهؤلاء الصحابة مشهورون لمعرفتهم علم الحساب وتقسيم التركة حسب الفرائض القرآنية، لا لأنهم مؤلفو ذلك القانون. (مترجم).

(٢) Omar's Instructions to the Qadi عنوان مقالة لمارجوليوث، صدرت في مجلة «الجمعية الملكية الآسيوية» JRAS لوندر، سنة ١٩١٠م، ص٣٠٧، إلى ٣٢٦)، ترجم فيها صاحب المقالة كتاب عمر (رضي الله عنه ثم بحث فيه). ويبدو أن رأي مارجوليوث قد تذبذب حول صحة هذه الوثيقة. ولكنه في مقالة JRAS هذه أبدى قبولاً مع حذر، وقد تحدث إلى كاتب

وليس فيها تأثير القانون الرومي، بل تأثير قانون الربيين (اليهود(، وكما قال مارجوليوث Margoliouth كان هناك يهودي من رجال القانون عند مرفق مؤلفها (أي سيدنا عمر). وتبين هذه التعليمات بكل وضوح طريقة التفكير الذي يتوقع أن يسلكها قاض مسلم والتي على أساسها بني الفقه الإسلامي في الفقه الإسلامي في الحقيقة. ولو أن أوائل من ألفوا في الفقه الإسلامي وعلموها لطلابهم، أعني أئمة المذاهب الأربعة، كانوا كلهم من أصحاب القرن الثاني للهجرة[1] ولكن لا بد أن تكون كمية ضخمة من النصوص القانونية قد تقدمتهم. ومهما كان هؤلاء الكتّاب (الأئمة) يختلفون (في الفروع) اختلافاً كبيراً فيما بينهم في بعض الأحيان، فإن الخطوط الرئيسية للفقه واحدة عند جميعهم على أنه لم يكن ثمت مجال للاختلاف في التفاصيل (أو الفروع) قبل أن توضع الأسس الرئيسية بكل رسوخ. وقد وضعت هذه الأسس ليسَ في الشام أو مصر، أو حتى في بغداد ـ كما يبدو أن شلدون آموس قد افترض ـ بل، كما قلنا من قبل، في المدينة والكوفة.

هذه الأسطر في حق الصحة مع تأكيد أكثر، بعد عدة سنين من ذلك. (مؤلف) ـ إن محمد حميد الله كتب فيه مقالاً طويلاً بالفرنسية نشره المجلة الشهرية الباريسية «فرانس إسلام» France-Islam (من اكتوبر ١٩٦٩ إلى يناير ١٩٧٠م)، ثم بالإنكليزية مع زيادات في «مجلة الجمعية التاريخية الباكستانية» Journal of Pakistan Historical Society في يناير ١٩٧١م، وبحث فيه في آراء مارجوليوث بين آخرين. إن مارجوليوث بدأ يكتب مقالته ليثبت أن كتاب عمر مصطنع لا يصح، ولكن لما تصادف فيه كلمة «قس»، ظن أن القياس مأخوذ من مادة «هقش» العبرانية ـ ولو أنه لا يصح لأن مادة القياس «ق ـ ي ـ س» لا علاقة لها بكلمة «هقش»، لا في المادة ولا في المعنى ـ واستنتج على الفور أن يهودياً كان قد دون هذا المكتوب لسيدنا عمر، وأن عثوره على إمكان التأثير اليهودي المفروض هيجه إلى حد أنه نسي ما كتب من قبل وأكد أن المكتوب صحي. (مترجم).

(١) لا ندري ماذا يريد ههنا «بالرواية الشفاهية»، فإن أصل مكتوب عمر إلى أبي موسى الأشعري رضي الله عنهما كان موجوداً لقرون عديدة عند عائلة المرسل إليه. (مترجم).

(٢) قد توفي أبو حنيفة في القرن الثاني للهجرة. أما الشافعي وابن حنبل فوفاتهما في القرن الثالث. فتنبه. (مترجم).

٢ ـ إن كلمة الفقه، كما لا يخفى على أحد، هي ترجمة لكلمة برودنتيا prudentia اللاتينية، ومعنى كلتيهما المعقولية reasonableness.

٣٠ ـ والمقالة الثانية (لغولت سيهر) عن «الفقه» في «دائرة المعارف (الإسلامية)» تبين أن كلمة «المعقولية» هي ترجمة غير صحيحة (للفقه ولبرودنتيا). إن الذي كان في ذهن غولت سيهر هو «الاستعقال» raciocination بمعنى استعمال ملكة الاستدلال العقلي. وعند بض قدماء المؤلفين العرب نجد «الفقه» (بمعنى «الاستعقال») مغايراً «للعلم» Knowledge (بمعنى المعرفة الحاصلة بواسطة الوحي أو الحدس intuition). أما فنسنك Wensinck فهو يترجم «الفقه» بكلمة insight (بصيرة)، فهي أقرب إلى العربية القديمة واللاتينية كلتيهما، ولكها مع ذلك تبين بوضوح أكبر أن المشابهة (بين الفقه والقاون الرومي) لا تجيء بواسطة الاستعارة borrowing، بل بما يسميه سانتيلانا بحق (في تأليفه المذكور سابقاً)، «التطابق الأساسي في الروح الإنساني» l'identité essentielle de l'esprit humain (أي لا فرق بين فكر أبناء البشر مهما اختلف المكان أو الزمان).

٣١ ـ والواقع أن الأنظمة القانونية بأجمعها مبنية حتماً على استعمال العقل. فهل يمكن تصور رجل قانوني لا يدرك إن مهنته تدهوه إلى استعمال ملكة الاستدلال العقلي؟ (فلو جاز أن نقول بتأثير القانون الرمي على الفقه بسبب المشابهات بينهما فحسب) فإنه سيمكن أيضاً أن نقول: أن من المعقول ـ ولكن مع بداهة سخفه ـ أن المصطلحات السنسكرتية مثل «نيايا» (Nyaya أي المنطق)، وميمانسا (Memansa أي التعبير والتأويل ـ وهي عبارة عن مناهج المذاهب الفلسفية للهندوكيين التي أدت إلى تطور القانون الهندوكي ـ تدل أن لها صلة بروما (أي أن هناك تأثير للقانون الرومي على الهندوكي أو بالعكس).

٣٢ ـ لم تكن للعرب، كما عرضنا من قبل، فرصة الاستعارة المباشرة من (اللغة) اللاتينية[1]، والمترادف اليوناني للمصطلح اللاتيني «يوريس

---

(١) لعل المؤلف يريد من هذا أن المسلمين كانوا جيران الروم البيزنطيين (اليونانيين) ولكنهم لم يجاوروا الروم اللاطينيين. ولكن لا يصح هذا، لأن المسلمين في خلافة سيدنا عثمان لم يفتحوا شمالي أفريقيا فقط بل دخلوا الأندلس أيضاً. وزاد الخلفاء

بروديِنس» juris prudens، عارف القانون لِيس «برونيموس» pronimos أي مالك القانون، بل «نوميكوس» nomikos، أي القانوني، المنسوب إلى القانون، أو «اسخولاسطيكوس» scholostikos[1] أي من يتأتى في التدقيق. ومن الصعب تقويم ظن غولت سيهر أن المصطلح العبراني المترادف له أيضاً معنى متشابه[2] وحتى لو صح هذا، فإن علماء قانون الربيين (اليهود) لم يتعلموا استعمال العقل الإنساني من روما.

٣ ـ إن تقسيم الأحكام بين المكتوبة leges scriptae **وغير المكتوبة** leges non scriptae **(في الفقه) مأخوذ من القانون الرومي.**

٣٣ ـ إن (غولت سيهر) أخذ مصطلح «نص» بمعنى «الأحكام المكتوبة»، وما ليس بمنصوص فلم يسمه «قياساً» بالصراحة في مقالته.

٣٤ ـ إن التمييز بين الحكم المكتوب jus scriprum والحكم غير

الأمويون في ممتلكاتهم كثيراً من بلدان أوروبا الغربية، حيث اللغة اللاتينية كانت لغة العلم. وبإمكان مثل هذا التأثير يوجد حتى مع اللغة السنسكرتية، لأن المسلمين دخلوا السند منذ زمن سيدنا عمر. (مترجم).

(١) نقل كتاب «الخلاصة» Digest ليوستي نيان، ١/٣/٢ سؤالاً من ديموس تينيس Demosthenes لرد رأي ارسوجيتون contra Arisogeitionem يبدي لأول وهلة مشابهة مع الأفكار الإسلامية القانونية. فيقول ديموس تينيس باليونانية: إن القانون هو «الكلمة الطيبة عطية الإلهة ـ والنساخ النصرانيون لكتاب «الخلاصة» بدلوه إلى «عطية الإله» ـ آراء الرجال البصيرين بالعواقب». ولكن هذه المشابهة سطحية، لأن كلمة «البصيرين بالعواقب» ليست ههنا بمصطلح بل صفة لكلمة «الرجال». وكلمة «آراء» dogma عند ديموس تينيس ليست بالمعنى الكليسائي (أي التعليم)، الذي يمكن أن يكون ترجمة جيدة لمصطلح «الفقه». فهناك عالم من الفرق «بون شاسع» بين مفهوم الانكشاف وعطية الإلهة وبين ما يتصوره الساميون من أن القانون هو أمر الله. (مؤلف).

(٢) إن كلمة حاخام (العبرانية بمعنى الحاكم)، كما أخبرني زميلي السيد أ. وارتكسي I. Wartski معناها أقرب إلى معنى «اسخولاسطيكوس» اليوناني، أي عالم مدقق، بالنسبة إلى معنى كلمة برودنس prudens اللاتينية، أي ذو بصيرة. وهناك أيضاً مدراس Midrash أي حاشية على كتاب التكوين من التوراة ـ راجع مدراش ربه Rabbah ٢٤ ـ فيذكر أن الموظفين الروميين في عهد الأمبراطور هادريان Hadrian كلما أرادوا أن يتكلموا عن الماهر في قانون الربيين، قالوا: هو «اسخلا سطيكوس» من التوارة. (مؤلف).

المكتوب jus non scriptum، كما بينه يوستي نيان في كتابه «العهود» Institutes ١/ ٢/ ٣ هو نفس التمييز الذي يوجد بين «القانون الذي يستند وجوبه الرسمي إلى تشريع رجل مشرع أو جماعة مشرعة، وبين القانون الذي يستند وجوبه إلى العرف والعادة المتقادمة مما قبب التاريخ فحسب»، بينما التمييز بين النص والقياس هو التمييز الذي يوجد بين «القانون الصريح» وبين «ما استنبط منه العلماء. ولا يوجد أي عنصر مشترك بين هذين التمييزين ما عدا تقسيم الأحكام في قسمين بعضها لازمة بلفظها، وأخرى تجب بالمعنى، لا باللفظ. وهذا نمو طبيعي للأحكام، ما قد حدث أيضاً في نظم قانونية أخرى حيث لا يوجد احتمال كونها مستعارة من روما. مثلاً الفرق الذي يوجد في القانون الإنكليزي بين «القانون العام» (كومن لو common law القانون غير المكتوب، الواجب لأنه مبني على العرف القديم) وبين «القانون الموضوع» (استاتوت statute الواجب بسبب قرار مجلس التشريع أو البرلمان)، أو الفرق الذي كان أولاً بين «سرتي» (Sruti القانون الإلهامي) و«اسمرتي» Smirit شرح القانون الإلهامي على أيدي الفضلاء، ثم بين «اسمرتي» و«نبندها» (nibandha ما لا يجب لفظياً) في القانون الهندوكي.

٣٥ ـ إن أجوبة علماء القانون responsa prudentum يدخلها يوستي نيان في زمرة «الأحكام المكتوبة» وسببه فيما يبدو هو أن «قانون الاقتباسات المروية» lex citationum كانوا قد قرروه ومنحوه قوة القانون الموضوع على أيدي مشرع، وأيضاً لأن جميع كتاب «الخلاصة» Dogest ليوستي نيان الذي يروي اقتباسات القدماء ويقررها يعتبر كالقانون الموضوع على أيدي مشرع. ويبدو أنه في مرحلة مبكرة، من مراحل تطور القانون الرومي، كان من الممكن أن تعتبر أجوبة العلماء كقانون غير مكتوب» jus non scriptum. فإذا كان هذا هكذا، فإن هذا التقسيم (الرومي) يكاد يكون أقرب تطابقاً مع التقسيم الذي في القانون الإسلامي، حيث (على الأقل إلى عصر متأخر جداً لعصر تكوين الفقه) لم يعتبر استنباط الأحكام على أيدي الفقهاء كنص. ولكن ليس

(١) راجع برمبونيوس Pomponius في كتاب «الخلاصة» Digest ١/ ٢/ ١٢ (مؤلف).

هناك شيء على أي حال في القانون الإسلامي شبيهاً «للقانون» الذي يضعه رئيس الدولة lex و«للإستشارة مع العوام» Plebiscita، و«قضاء مجلس الحكومة» senatus consulta، و«ما رضي به الأمير» principium placita و«اعلانات الحاكم العدلي» magistratum edicta التي هي من تقسيمات يوستي نيان. ولا يوجد كذلك في القانون الرومي ما يكون مشابهاً للأحكام الإلهية التي يزعم القانون الإسلامي أن نظامه مبني عليها. إن القانون الإسلامي ذا السلطة الرسمية ليس فقط ما ذكر في عبارات القرآن ـ ويجب أن لا ننسى أن سلطة القرآن ليست عبارات القرآن ـ ويجب أن لا ننسى أن سلطة القرآن ليس لأنه مكتوب، بل لأنه من وحي الله ـ بل يدخل فيه أيضاً أحاديث الرسول التي لم تدون كتابه خلال قرن ونصف منذ ظهور الإسلام[1]، والإجماع (أي ما اتفق عليه العلماء أو الأمة بكاملها. ويسأل الأمبراطور يوليان (Julian حكومة ٣٦١ ـ ٣٦٣م)، كما روي باللاتينية في كتاب «الخلاصة» (Digest ١/ ٣/ ٣٢) : «أي أهمية (فرق) لأن يظهر القوم إرادتهم بواسطة التصويتات (عند أخذ الرأي)، أو في الأشياء نفسها، أو في الأفعال؟» ولكن لو كان للعرف والتعامل من القوة ما يبرر اعتبارهما كلاعلان صريح لمشيئة القوم، لا يحتمل معنى آخر، فذلك إجماع الأمة في الشرع الإسلامي. ولذلك يعتبر نصاً[2]. إن المثل اللاتيني «صوت القوم هو صوت الله» vox populi vox Dei لم يكن أبداً قاعدة كلية maxim في القانون الرومي، ولكن بهذا المعنى هو قاعدة كلية في الشريعة الإسلامية، ويبنى على قول نسب في الحديث إلى نبي الإسلام بأن ما اتفق

---

(١) هذا لا يصح، لأن عدداً من الصحابة بدأوا يدونون الحديث كتابة في حياة النبي عليه السلام، وآخرون كثيرون دونوه أو أملوه بعد وفاة النبي. فراجه للتفاصيل مقدمة «صحيفة همام بن منبه» لمحمد حميد الله، خاصة في ترجمتها الإنكليزية فهي متأخرة وأوسع من صها العربي. وراجع أيضاً كتاب محمد مصطفى الأعظمي بالأنكليزية في تاريخ تدوين الحديث. (مترجم).

(٢) لا أدري هل يقال في الإجماع: «هو نص». لا شك في أن الإجماع يجب العمل به، وهو في حكم النص عند سكوت القرآن والحديث، ولكن الإجماع يجوز نسخه باجماع متأخر ـ كما صرح به البزدوي في «أصول الفقه» ـ وليس كذلك القرآن ولا الحديث. (مترجم).

عليه جميع المسلمين فهو علامة الهداية من الله[١]. وأي عادة لم تبلغ هذه الدرجة فليست بقانون لمجرد كونها عادة، اللهم إلا عند متأخري المالكية[٢]. نعم، يجوز أن تكون لها قوة الوجوب تابعة للقانون (أي إذا لم تخالف نصاً صريحاً).

٣٦ ـ وفي هذه المقالة نفسها أكد غولت سيهر بعد ذلك أن التمييز بين القانون المكتوب والقانون غير المكتوب قد أدخل في قانون الربيين اليهود أخذاً عن القانون الرومي قبل الإسلام بخمسين سنة. ولكن الواقع أن هذا التمييز كان موجوداً (في القانون اليهودي) مذ زمن ربنا[٣] (يريد سيدنا المسيح عليه السلام) ـ حين كانت كراهية (اليهود) للسيطرة الرومية الجديدة كافية لتمنع مثل هذا التأثير[٤] (والاستعارة من القانون الرومي). ويبدو أنه

---

(١) لا أدري إلى أي حديث يشير المؤلف. لا شك في أننا نصادف في الحديث: «لا تجتمع أمتي على ضلالة» كما نصادف «ما رآه المسلمون حسناً فهو عند الله حسن»، وأيضاً «يد الله مع الجماعة»، ولك الذي ذكره المؤلف ليس بترجمة لأحد هذه الأحاديث. (مترجم).

(٢) كتاب فتزجيرالد الانكليزي «القانون المحمدي» Mohammedan Law ص١٤. (مؤلف).

(٣) إن استعمال كلمة «ربنا» our Lord سيدنا عيسى يبين أن المؤلف كان قد أعلن اعتناقه دين النصرانية. ولذلك يعامل معاملة أشد حماسة من النصارى الذين هم أولاد النصارى. (مترجم).

(٤) راجع إنجيل متى ١٥/ ٢، وإنجيل مرقس ٧/ ٥ ـ ١٣ حيث قول سيدنا المسيح: «تجعلون قول الله بدو تأثير بسبب تعاملكم» ـ (العبارة التامة عند متى ١٥/ ١ ـ ٣: «إن الفرنسيين والسفرة جاؤوا من يروشلم إلى يسوع وقالوا: لماذا هذا إن متبعيك يعتدون على تعامل القدماء؟ فإنهم لا يغسلون أيديهم عند أكل الطعام. فأجابهم: وأنتم لماذا تعتدون على أمر الله لصالح تعاملكم؟...» وعند مرقس القصة بتفصيل وفي الجملة الثامنة والتاسعة عنده: «وأنتم تهملون أمر الله وتراعون تعامل الناس. وقال لهم أيضاً: أنتم تبطلون بلا تردد أمر الله لتحفظوا تعاملكم». (مترجم) ـ راجع أيضاً مشنا هجيجه Mishna Hagigah ١/ ٣: إن الأوامر عن... ترفرف في الجو، ولا يوجد لها شيء يحملها، والأحكام عن.. مثل الجبال معلقة بشعرة، لأن الكتاب قليل (كذا) والأوامر كثيرة، والمسائل.. والقواعد عن... فإن لها ما يحملها، وهذه هي أصول التوراة». وفي مشنا أيضاً (راجع ابوث Aboth ٣/ ١٤): «إن التعامل مثل الحظيرة حول التوراة». والواقع أن

ربما كان في ذهن غولت سيهر تطور آخر متأخر، وهو التغير في العقيدة الدينية. فأصبح القانون غير المكتوب يعتبر جزءاً من التوراة كأنه أوحى إلى موسى (عليه السلام) على جبل حورب (Horeb طور سيناء) ومساوياً للقانون المكتوب. ولكن هذه الفكرة غير رومية تماماً.

٤ ـ كما أن علماء القانون الرومي أعطوا وزناً كبيراً لآراء علماء (القانون) opinio prudentum كذلك منح علماء القانون الإسلاميون لأنفسهم الحق الامتيازي ليروا رأياً شخصياً ذا سلطة. والمصطلح العربي لهذا العمل هو «الرأي»، وهو ترجمة المصطلح اللاتيني أوبينيو opinio.

٣٧ ـ قول (غولت سيهر) هذا يتضمن أغلوطة تاريخية قبيحة. لا شك في أن يوستي نيان، في أنانيته المعتادة يقرر القاعدة (باللاتينية): «الأمبراطور هو المصدر الوحيد لوضع القانون وتفسيره في نفس الوقت»[١] tan conditor quam interpres legum imperator كأنه هو الذي اكتشفها للمرة الأولى. ولكن هذه القاعدة في الواقع قديمة على الأقل قدم الأمبراطور دقلطيانوس[٢] (دقيانوس، حكومة ٢٨٤ ـ ٣٠٥م)، إذ منذ ذلك العصر ظهر تأثير القانونيين الكبار على تطور القانون الرومي، تحت اسم «الأمبراطور في المجلس الأمبراطوري الخاص» Imperial Privy Council وحتى في العصر الذهبي كان بابي نيان[٣] Papinian يحل مثل هذا المحل، وأن آخر علماء القانون الروميين الذي «يسمح لهم أن يضعوا القوانين» quibus permissun est

---

التمييز بين القانون المنشور والنظرية المخيفة للعلماء esoteric doctrine of the leaders ـ وهو نفس التمييز بألفاظ أخرى ـ قديم يوجد حتى في كتاب عزرا (من الكتب الدينية المشكوك في صحتها Apocrypha ٢، ٤/ ٤٥ ـ ٤٦) حيث يوجد، زيادة على ذلك، الإدعاء بألفاظ مختلفة أن نظريات العلماء لها قوة مماثلة (لقوة التوراة). (مؤلف) ـ في هذا المرجع الأخير سهو، فلم نجد فيه هذه المباحث. (مترجم).

(١) راجع مدونة يوستي نيان Code ١/ ١٤/ ١٢. (مؤلف).

(٢) هو أمبراطور روما. (مترجم).

(٣) هو من علماء القانون من روما، وأمر الأمبراطور كاراكلا Caracalla بقتله في سنة ٢١٢م. (مترجم).

jura condera ـ أي الذين يعتبر رأيهم كمصدر مادي للقانون ـ هو موديستي نوس Modestinus وعصر ازدهاره ٢٢٦ ـ ٢٤٤م، يسبق الإسلام بأربعة قرون[١]. لنذكر الآن أن أمة قد تستعير أحياناً من تمدن أمة أخرى، من المستوى الذي بلغته تلك الأمة في عصر المستعير (زمن الاستعارة، لا قبله). ولكن لم يحدُث قط في التاريخ أن ذهبت أمة تستعير المناهج البطيئة للتطور عبر تاريخ قانوني قديم طويل لأمة أخرى. لقد كان هناك من علمّاء (القانون غير المسلمين) pridentes في القرنين الأولين للإسلام من يمكن لفقهاء الإسلام أن يقتدوا بقدوتهم، ولعلهم فعلوا ذلك ـ ولكن هؤلاء العلماء القانونيين لم يكونوا من الروم، بل من اليهود، من أهالي سورا[٢] وبومباديثا Pumbaditha، وهم «جونيم» jaonim أي رؤساء مدارس التلمود[٣]. وقد أشرنا من قبل إلى هذه القرابة الممكنة. وحتى متابعة علماء القانون الروميين لإرادة الأمبراطور مثيلة لعمل علماء قانون الربيين (اليهود)، فإن أحدهم معروف باسم مولاه شابور أمبراطور إيران الزردشتي. وعلى هذا فإن مصطلح «أهل الرأي» يبدو أنه أطلق في الأصل على أصحاب مذهب أبي حنيفة كاسم ذم استعمله معارضوهم. ويبدو من هذا أن فقهاء الإسلام، كغيرهم في سائر أنحاء العالم، كانوا يأنفون من أن يقال إنهم يضعون القانون بآرائهم الشخصية، حتى ولو كانوا فعلوا هذا في الواقع. ونذكر في الحديث شهادة مماثلة بأن الإمام مالكاً كان رام أن يجلد كل مرة لو استعمل هو القياس. وقال فقيه قديم: «القياس كالخنزير لا تأكله إلا عند عدم وجود أي شيء آخر»[٤].

---

(١) وآخر من يذكر اسمه من هؤلاء القانونيين هو هرموجينيانوس Hermogenianus وهو مجرد جامع للأحكام. وعصره قبل الإسلام بثلاثة قرون. (مؤلف).

(٢) راجع أعلاه حاشية رقم ٣ ص١٤١ (مترجم).

(٣) إن مادة هذه الكلمة العبرانية توجد بالعربية أيضاً في كلمة «تلمذ» و«تلميذ». والمراد بالتلمود كتاب في شرح التوراة ومجموعة آراء الربيين. ويوجد تلمود بابل، وآخر تلمود يروشلم. (مترجم).

(٤) «القياس كالخنزير لا يؤكل إلا عند الضرورة»، وهو قول منسوب إلى بعض المتشددين من التابعين. أريد به الحق بألفاظ قبيحة، قذرة. ولا يخالف مفهومه أحد، حتى ولو كان من أهل الرأي. والمراد به العمل بالقرآن والحديث أولاً، وعند

٥ ـ القاعدة المعروفة في العربية بالمصلحة أو الاستصلاح هي القاعدة الرومية المسماة بالمرافق العامة utilitas publica.

٣٨ ـ إن «المرافق العامة» لم تكن أبداً قاعدة معترفاً بها لتطور القانون الرومي. وأول ظهورها كاسم قاعدة كان بين رجال المدارس في القرون الوسطى (أي بعد ظهور الإسلام، لا قبله) ـ ولكن كقاعدة قانونية مغايرة تماماً ـ بينما كانت هي قاعدة بارزة في القانون اليهودي. فمثلاً في مشنا جتين Mishna Gittin ٤، و٥/ ٤ حيث وردت عبارة: «كاحتياط من أجل الخير العام» ما لا يقل عن ١٣ مرة، وفي المدينة المنورة يث وجدت هذه القاعدة (من «المصلحة العامة»، في مذهب الإمام مالك) أكبر أطوارها الأولى في القانون الإسلامي، كانت على متناول اليد من تأثيرات يهودية، ولكن على مسافة بعيدة جداً من التأثيرات الرومية.

٣٩ ـ وعلى نفس النمط يمثل غولت سيهر النظرية الإسلامية من «إجماع الأمة» بالكنيسة النصرانية[1] ولكن متى سلمنا أن هناك تشابهاً (بينهما) فإن ذلك لا يدل على تأثير القانون الرومي، لأن اتفاق العلماء ربما لم يكن أبداً ـ ولم يكن بالتأكيد منذ عصر دقلطيانوس ـ مصدراً رسمياً للقانون الرومي، بينما هو مصدر معتاد لقانون الربيين (اليهود)، وتتكرر الجملة: «جميع ربيينا يرون. . .»، عامة في التلمود.

سكوتهما بالإجماع، وأخيراً بالقياس، لا غير. وأي ضرورة أشد من موقفذ نطلب فيه الكم والقرآن والحديث ساكتان؟ وللشافعي أيضاً في رسالته في الأصول عبارات مثلها، حيث يقول: «تحكم بالإجماع، ثم القياس وهو أضعف من هذا (يعني النص). ولكنها منزلة ضرورة، لأنه لا يحل القياس والخبر موجود. كما يكون التيمم طهارة في السفر عند أعواز من الماء، ولا يكون طهارة إذا وجد الماء». انظر الفقرة ١٨١٧ وما بعدها من طبعة أحمد شاكر. (مترجم).

(١) يريد أن الكنيسة الكاثوليكية تعتقد أن روح القدس مع اجتماع القسيسين، ولذلك لا يكون ما اتفقوا عليه، ولو بأكثرية الآراء فقط، إلا مبرأ عن الخطأ، معصوماً. وهذا يماثل إلى حد ما نظرية الإجماع عند المسلمين، على أساس قول النبي عليه السلام: «يد الله مع الجماعة» و«لا تجتمع أمتي على ضلالة». (مترجم).

٤٠ ـ إن القضية التي أراد غولت سيهر أن يبنيها على الحجج السابق ذكرها، هي فيما يبدو أن فقهاء الإسلام استعاروا الأدوات الذهنية من عصر متقادم لتاريخ القانون الرومي، وبنوا بواسطها نظامهم (الفقهي). ولكن لا يوجد أي شهادة لمثل هذه الاستعارة. والواقع أن هذه الفكرة برمتها باطلة تاريخياً. ولو كانت هناك ضرورة التسليم بمصدر سوى مهارتهم الاستدلالية التي يعتد بها، فقد سبق أن ذكرنا وجود مصدرين أشبه أن يكونا مأخذاً (للفقهاء)، وكانا في متناول أيديهم، ونعني بهما مدارس قانون الربيين، وأولاد تلك الفلاسفة اليونانيين الذين أجلاهم يوستي نيان من أثينا ووجدوا ملجأ لهم في الأمبراطورية الساسانية. وكمثال لتأثير هذا المصدر الأخير يمكن التحدث عن حد المصطلح الأهم: «فاسد» بالنسبة إلى «الجوهر» و«العرض». فهو يذكرنا بالمنطق الأرسطوطالسي[١] رغم أن الفكرة المتضمنة ههنا هي من أصل إسلامي خالص. وكذلك فإن مصدراً ممكناً آخر للقانون الإسلامي الذي يشير إليه غولت سيهر أيضاً في سياق مختلف ـ فإنه يتكلم عنه في صدد العادات والعبادات ا لدينية (لا القانونية)، ولكن لا نعرف عن هذا المصدر إلا النزر اليسير. ألا وهو النظام القانوني للأمبراطورية الساسانية.

٤١ ـ إن غولت سيهر نفسه لم يعط أهمية كبيرة للاستدلال السالف ذكره. والواقع أنه من الصعب التوفيق بينه وبين آراء غولت سيهر الصريحة في أجزاء أخرى من نفس المقالة، وفي مؤلفه الأساسي أي «الدراسات المحمدية» Muhammadanische Studien في مجلدين، طبع ١٨٨٠ ـ ١٨٩٠م، وفي مؤلف آخر له: «المحاضرات» Vorlesungen طبع ١٩١٠م

(١) إذا لم يكن ههنا سهو الطباعة في الأصل، فالظاهر أن المراد بهذه الجملة المعقدة أن الشيء لو دخل الشر في جوهره صار باطلاً، ولو دخل في عرضه أي في توابع الشيء وملحقاته كان فاسداً. وهاكم نصه الأصلي بالإنكليزية:

The definition of the important word fasid in terms of essense and accident is reminiscent of Aristotelian logic.

(مترجم).

حيث أسهم بنصيب أوفر في دراسة بدء الإسلام حين أكد أن القوى العربية المحافظة على تراثها هي التي أدت واجبها في بناء جميع النظام الإسلامي.

٣ ـ اعتبارات عامة

٤٢ ـ إن كون القانون الإسلامي مديناً للقانون الرومي لا يتمثل في صورة استعارة مباشرة التمسها رجال القانون عند غيرهم من رجال القانون. وتتجلى هذه الحقيقة بوضوح لاعتبارات سنوردها الآن:

٤٣ ـ ألف: **شهادة اللغة**: عندما يستعير قوم من قوم آخرين مؤسسة أو فكرة، نجد عادة أن المستعير يستعيرها مع الكلمة (الأجنبية) التي كانت معروفة (عند المعير). فكلمات مثل هبوتيقا hypotheca الرهن، وخيروغرافا (cheirographa الوثيقة الخطية مع الإمضاء باليد)، وسنغرافه (syngrapae إمضاء جميع المتعاقدين في نفس الوقت)، وامفي تيوسيس emphyteusis الرهون طويلة الأجل) التي تستعمل في القانون الرومي تنادي جهراً على الفور أنها يونانية الأصل. وكذلك القانون التلمودي مليء بالمصطلحات اليونانية واللاتينية المعبرة (أي في قالب عبراني)[1] لا شك في أن اللغة العربية أقل احتياجاً من غيرها من اللغات إلى الاستعارة، ولكنها أيضاً تستعير أحياناً[2]

---

(١) مثلاً فرني (pherni جهاز العروس)، بارافرنا (parapherna متاع الزوجة الشخصي)، سونيغوروس (sonegoros المحامي)، سونهدوريون sonhedrion انعقاد المجلس، انتيخريسيس (antichrisis التبادل، أو خلاف المسحة). وكل هذه كلمات يونانية وهناك أمثلة كثيرة أخرى من الكلمات الأجنبية في العبرانية. (مؤلف).

(٢) راجع مثلاً كتاب جيفري الانكليزي «الكلمات الأجنبية في القرآن»

Jeffery, The Foreign Vocabulary of the Quran.

طبع برووده Baroda بالهند ١٩٣٨م. وقد تكون بعض الاشتقاقات التي ظنها جيفري محل نظر ـ (وقد كتب قدماء المسلمين بأنفسهم كتباً في اموضوع (مترجم) ـ ولكن النكتة الوحيدة التي تهمنا ههنا هي أن كلمة «سجل» ـ (الواردة في القرآ ٢١/ ١٠٤: «يوم نطوي السماء كطي السجل للكتب»، ويظن المؤلف أنها مأخوذة من سجلوم sigillum اللاتينية، ومعناه «الخاتم» وبالتالي الذي يختم على الكتاب، وكذلك المكتوب نفسه. مترجم) ـ لم يكتسب مفهوماً قانونياً إلا في عصر متأخر جداً. ومن الاستعارات التي حدثت في العهد الأموي

وهناك نواجه نكتة تلفت النظر كثيراً. وهي أنه توجد أسباب للقول بأن الخلفاء الأمويين في دمشق، الذين فعلوا الكثير لتجديد هذه البلدة وتجميلها كعاصمة لأمبراطوريتهم، كانوا قد أبقوا أو أحيوا الأفكار الرومية في الإدارة، مدنية كانت أو عسكرية: وتشهد لذلك الكلمات الدخيلة القليلة التي استعملوها، مستعيرين بعضها للمرة الأولى، وأخرى كانت موجودة حتى في القرآن. ولكن مؤسسي القاون (الإسلامي) في المدينة والكوفة ولوا ظهورهم اشمئزازاً من هؤلاء الخلفاء الذين أصبحت دعواهم للإسلام موضع شك عميق[1]. وليس من المبالغة في شيء أن نقول أنه لو قبل هؤلاء الخلفاء شيئاً لكفى قبولهم أن يجعل ذلك الشيء غير مقبول عند الفقهاء. والخلفاء من جهتهم، وكذلك حاشيتهم من ورائهم، لم يعيروا القانون أدنى اهتمام. على أن أهل الذمة قد تركهم المسلمون يفصلوا في قضاياهم بأنفسهم[2] وظنوا أن حاكمين اثنين فقط سيفيان بكل ما تحتاج إليه أمبراطوريتهم (الممتدة على ثلاث قارات) من فصل قضايا العرب (قضايا المسلمين) ـ وهم أهل العسكر ـ عندما لم تنفصل

كلمة «بريد» من ويريدوس veridos اليونانية، و«شرطة» أي حراس الخليفة، من كوهورتيم cohortem الجماعة باللاتينية وكأن قاردوس ـ (اقرأ: كردوس، مترجم) ـ بمعنى الكتيبة العسكرية أو طائفة عظيمة من الخيل، مأخوذ هو أيضاً، كالكلمة الانكليزية اسكادرون squadron من بعض الكلمات مثل كوادراتوس quadrartus اللاتينية (أي المربع)، على الأرجح. ومن الطبيعي أن الكلمات الرومية ستبقى في اللغة العسكرية (كما هو حال المصطلحات الإنكليزية في الجيش الهندي)، والذي يجب أن نلفت النظر إليه هو أن الجيش الهندي كان قد عرف، قبل الاستقلال، الاستعمار الانكليزي. أما المسلمون فلم يخضعوا للروم البيزنطيين حتى يجب «طبيعياً» دخول مصطلحات هؤلاء في جيش المسلمين. (مترجم) ـ ولكن صاحب الشرطة الذي كان أيضاً الجلاد العمومي، وكان شبيهاً بالحاكم البوليسي، لم يكن حاكماً دلياً في الشريعة، بل كانت وظائفه مثل وظائف العريف (أمير المائة conturion) الرومي على ما ذكر «العهد الجديد ـ (مثلاً إنجيل متى ٨/ ٥، ٢٧/ ٥٤، وإنجيل مرقس ١٥/ ٤٤، مترجم) ـ إدارية أكثر منها قضائية. (مؤلف).

(١) ربما أمكن أن يصدق مثل هذه الآراء إلى حد ما على أواخر الخلفاء الأمويين، مثل الوليد بن يزيد. ولا يجوز أن يقال أن جميع الخلفاء كانوا منافقين وأن إسلامهم مشكوك فيه. (مترجم).

(٢) هذا من أحكام القرآن (٥/ ٤٢ ـ ٤٩)، ورثها المسلون من العصر البوي، وليس من اختراعات الأمويين. (مترجم).

قضاياهم بواسطة وسائل أخرى[1]. ولذلك لا نجد حتى كلمة واحدة مستعارة من اللاتينية أو اليونانية في العدد الضخم من المصطلحات الفقهية، اللهم إلا إذا استثنينا لفظ «قانون» نفسه. ومعناه بالعربية «القواعد الإدارية»، (وأحياناً أيضاً «العرف والعادة»)، وليس معناه «القانون» (أو «الحقوق» حسب المصطلح الجديد)[2] ونجد التدين الظاهري على سبيل الرياء عند الخلفاء العباسيين، الذي خلفوا الأمويين، متمثلاً في نقل عاصمتهم إلى بغداد (بعيداً عن متناول عفاريت التمدن البيزنطيني)، وأيضاً في الصداقة، ولو مضطربة، بين الفقهاء والأمراء وبين علماء القانون وولاة الإدارة. ومثل هذه الصداقة نادرة[3] في التاريخ الإسلامي. وعلى أي حال فتقريباً إلى عهد السلطان سليمان القانوني، لم يفد لفظ «القانون» معنى القانون، بل شيئاً تابعاً للقانون (الإسلامي).

---

(١) لا ندري ما مصدر سوء التفاهم هذا، فإن القضاة لم يكونوا في البصرة والكوفة فحسب، بل في كل بلدة، لا يحصى عددهم. (مترجم).

(٢) راجع كتاب فتزجيرالد الإنكليزي «القانون المحمدي» Mohammedan Law ص١٢. أما التطور العظيم الذي وقع لمصطلح «القانون» عند سلاطين آل عثما فهو أمر على حده. وحتى في عهد الأتراك العثمانيين لم تزل القاعدة باقية في النظرية القائلة بأن السلطان ليس له أن يصدر قانوناً حتى يشهد شيخ الإسلام أنه موافق بأحكام الشريعة المقدسة. وقد ذهب البعض إلى أن كلمة «وارث» العربية يمكن أن تكون مأخوذة من هيريس heres اللاتينية، وكلمة «دين» (بمعنى القرض) مأخوذة من دانيو danion اليونانية. ولكن هذا الظن في كلتيهما غير مستقيم، لأن الكلمتين لهما أصل سامي قديم نجده في التوراة العبرانية متقدماً بزمن طويل على أي إمكان للتأثير اليوناني أو الرومي. على أن مفهوم هاتين الكلمتين العربيتين مختلف تماماً عن المصطلحين اللاتيني واليوناني، اللذين زعم أنهما مستعارتان مهما. ولا يوجد مشابهة بي «هيريس» و«وارث» إلا أه تصادف ترجمتهما عادة في اللغات الأوروبية الحديثة بنفس المترادف: هير heir بالإنكليزية، هيريتيه héritier بالفرنسية، ايريديه erede بالطليانية. أما «دانيون» فكان معناه في يونان استقراض الفلوس النقدية، بيما «الدّين» بالعربية فهو «كل حق يخاصم فيه أمام القاضي». وهذه الكلمة مشتقة من مادة معناها الأصلي، سواء بالعبرانية أو العربية: «القضاء والمجازاة». (مؤلف).

(٣) هذا من اختراعات غولت سيهر. وصحة الدليل أيضاً مشتبهة. وعلى أي حال لا تثبت الدعوى بهذا الدليل. ولكن لا حاجة بنا ههنا إلى إطالة البحث في هذه النكتة. (مترجم).

٤٤ ـ ب: **الكتابة**: تكاد الكتابة أن لا يكون لها أي دور في القانون الإسلامي[(١)] قبل سلاطين آل عثمان. فكل عمل قانوني، حتى تنصيب القاضي كان يجب أن يكون بقول شفاهي[(٢)] إلا إذا كان القول الشفاهي غير ممكن بطبيعة الحال. كما في حالة الأصم الأبكم. وحتى في هذه الحالة فقد اجتهد الفقهاء ليجدوا بديلاً مادياً عنا لقول الشفاهي، كتحريك الرأس علامة عن القبول.

٤٥ ـ إن أوائل الفقهاء العرب (المسلمين) لم يعتدوا على الكتابة ودهشتنا تزداد حينما نرى أن العرب كانوا قوماً يعرفون الآداب الكتابية منذ ما قبل الإسلام[(٣)]، وأن القرآن نفسه (٣/ ٢٨٢ ـ ٢٨٣) يأمر في آية المدينة بالكتابة لشهادة العقود (: «إذا تداينتم بدين إلى أجل مسمى فاكتبوه... واستشهدوا شهيدين من رجالكم... ذلكم أقسط عند الله وأقوم للشهادة وأدنى أن لا ترتابوا إلا أن تكون تجارة حاضرة تديرونها بينكم فليس عليكم جناح أن لا تكتبوها... وإن كنتم على سفر ولم تجدوا كاتباً فرهان مقبوضة...») وأيضاً فإن الاحتياط قد اتخذ في مرحلة مبكرة لحفظ القرآن

---

(١) بالغ المؤلف فيه مبالغة عظيمة. إن من قدماء الفقهاء مثلاً الإمام الشافعي (المتوفي سنة ٢٠٤هـ) الذي يقول (في كتاب الأم ٦/ ٢١٦ ـ ٢١٨) أنه يجب على القاضي أن يدون الشهادة كتابة ويحفظها. فلو كان للذي يحمل كتاب قاض إلى قاض آخر أن يشهد بصحة مضمون كتاب القاضي وصحة خاتمه، فهو لمزيد التأكيد، لا لأن الكلمة الكتابة لم تكن لها أهمية. (مترجم).

(٢) لا ندري ماذا يريد المؤلف به، فإننا نجد أن تولية القضاة كان منذ عصر النبي عليه السلام بواسطة الوثائق المكتوبة. (مترجم).

(٣) ذكر البلاذري وغيره أن لغة مكة المكرمة بدأ الناس يكتبونها منذ عصر حرب بن أمية (والد أبي سفيان)، وعبد المطلب. فلو تعلم الخط فرد أو فردان، حتى عشرة وعشري، لا يقال أن جميع أهل البلاد كانوا يقرأون ويكتبون أو صاروا «أهل الآداب المكتوبة». أن تطور الخط وانتشاره كان بسبب أحكام القرآن الصريحة. فأول ما أوحي إلى النبي الأمي هو الأمر: «اقرأ باسم ربك» (القرآن ٩٦/ ١). وكذلك الأمر الصريح للكتابة في آية المداينة (٢/ ٢٨٢). وهناك مئات من كتب النبي عليه السلام للاقطاعات وغير ذلك في جزيرة العرب (راجع الوثائق السياسية للعهد النبوي والخلافة الراشدة، لمحمد حميد الله)، صدرت قبل فتح البلاد التي عرفت الإدارة البيزنطينية. (مترجم).

كتابة. ولا شك أن الشهادة اللغوية (تاريخية) التي أشرنا إليها فيما تقدم (من كتابة المعاهدات مع البلاد المفتوحة) تدل على أن الفاتح العربي كا يعرف قيمة الكتابة التي كانت في نظام الإدارة الرومية (أي في الشام ومصر اللتين فتحهما). ورغم هذا كله فإن مؤسسي القانون الشرعي لم يعتنوا بالكتابة. وليس فقط أن القانون (الإسلامي) قصّر في قبول الإمكان - أو رفض قبول ذلك الإمكان - أن تكون الوثيقة القانونية مدونة كتابياً، أو أن يكون انتقال الملكية بواسطة وثيقة مكتوبة. ليس هذا فحسب، بل كان يرى أن الشهادة المكتوبة أقل قيمة من الشهادة الشفاهية. فالوثيقة المكتوبة ليست إلا مجرد شهادة لتفاصيل المعاهدة التي انعقدت مشافهة. ولذلك يجب أن تكون هناك شهادة مستقلة لإثبات وجود تلك (التفاصيل وإيجابها وقبولها) مشافهة[١]. وحتى فكرة الإشهاد بمعنى تصديق الوثيقة بواسطة الإمضاء - ولو أنها نشأت بطبيعة الحال عند تطور القانون المتأخر - لم تكن معروفة قطعاً، وبأي حال لم تكن معروفة لدى علماء القانون الشرعي، في القرون الأولى من النظام الإسلامي.

٤٦ - هذا من جهة القانون الإسلامي. أما من جهة (غيره، فالكتابة ضرورية): فالمعاقدة لانتقال الملكية، مثل الوصية تقتضي عند الروميين إمضاء سبعة من الشهود، أو وثيقة، الطلاق عند العبرانيين (اليهود لا تكون إلا كتابة). وهذا الخلاف بين القانونيين (الإسلامي وغير الإسلامي) ينفي على الفور فكرة إمكان الاستعارة المباشرة (من القوانين الأجنبية في الفقه) والشريعة الإسلامية بعيدة أيضاً من قانون العرف والعادة الذي كان سائداً في مصر[٢] كما برهنته أوراق البردى. فإنه يبدو في ذلك التعامل (المصري)

(١) لا نظنه صحيحاً فإن الشهادة الشفاهية كانت للقول بأن الوثيقة صحيحة، وليست بأن الأمور المندرجة فيها قد وقعت في الحقيقة. فلو مات الشهود الأصليون فلا بد من أن تزداد أهمية الوثيقة بسبب شهادتهم. (مترجم).

(٢) لا يتضح إذا كان المؤلف يريد مثل هذا العرف من العصر الإسلامي أو منذ ما قبل الإسلام. فالشام كانت تحت إدارة البيزنطيين مثل مصر. وكذلك هذان البلدان جمعا في الإسلام تحت إدارة واحدة منذ عصر سيدنا عمر. فلا يمكن أن تختص مثل هذه الوثائق بمصر دون غيرها من البلاد الإسلامية وإن حفظت بعضها في مصر، بسبب طقسها، وتلفت في بلاد أخرى. (مترجم).

كأن ثقل ملكية الأراضي أو إجارتها، والزواج، وأعمال أخرى قاونية كانت تجري على العموم بواسطة الوثائق المكتوبة مع عدد من إمضاءات الشهود. لا شك أن نظرية مختلفة إلى حد ما كانت شائعة في إمبراطورية سلاطين آل عثمان بعد فتح القسطنطينية، على الأقل فيما يتعلق بمعاملات ا لأراضي. والواقع أن نظام تسجيل الأراضي عند نوتير (كاتب العدل)، وكذلك تسجيل الزواج والطلاق رغم كونه اختيارياً كان معمولاً به في جميع الأحوال في مصر، وأفريقيا الشمالية، والهند، كما في تركيا. ولكن هذه النظم لم تكن جزءاً من القانون الابتدائي (عند المسلمين). وفيما يتعلق بممتلكات سلاطين آل عثمان، قد كا بدون شك معرفة متأخرة للقانون البيزنطيني، ولكن حدثت تطورات مماثلة في بلاد أخرى (خارج السلطنة العثمانية) أيضاً. وقد نشأت بطبيعة الحال من إجراءات المحاكم العدلية[١].

٤٧ ـ ج: **سكوت التاريخ الإسلامي عنه**: وثمة اعتبار ثالث ينفي فكرة النقل المباشر والواعي (في الشريعة الإسلامية) من القانون الرومي. وهو أنه لا يوجد في كافة الآداب القانونية عند المسلمين أي ذكر لمثل هذا المصدر

(١) راجع كتاب فتزجيرالد الإنكليزي «القانون المحمدي» (المذكور سابقاً)، ص٣٠. أن الأستاذ شاخت Schacht يرى أن نظم التسجيل يمكن أن تكون من بقايا العهد الرومي (البيزنطيني). ولكن حتى لو كان ذلك كذلك فإها لم تكن جزءاً من الشريعة، بل كانت على الأكثر شيئاً موجوداً ولكن الفقهاء يهملونه. وكذلك، مع احترام كامل (لشاخت)، فإنه يبدو ضرورياً أن نفترض مثل هذا البقاء مع أن شهادة وجوده ضئيلة جداً، أو منعدمة تماماً، حتى يجوز لنا أن نؤثره على ما هو مقبول عامة لتفسير التطور التاريخي لنظام التسجيل في الإسلام. ولا يوجد أي شاهد لمثل هذا البقاء وإن أشهر نوعي التسجيل، أي أقضية القاضي بالمواطأة Collusive decrees ومحاضر المذكرات التي يحفظها العدول أي الشهود الرسميون لتساعدهم في أداء الشهادة، فمن الصعب أن يقال إنهما يدلان أن لهما أصل رومي. على أن التاليف الجديد لشاخت بالإنكليزية «مبدأ القانون المحمدي»

Origins of Muhammadan Jurisprudence.

لم ينشر إلا بعد ما ذهبت هذه المقالة إلى المطبعة. فكان لا بد أن تكون الإشارات إلى مراجع شاخت غير كاملة (عندنا)، فإننا اعتمدنا (لا على كتابه) بل على نقدين للكتاب تفضل المؤلف بإرسال فصائلهما المطبوعة إلينا. (مؤلف).

لقانونهم. والواقع أن الظامين (الرومي والإسلامي) متضادان إلى حد لا يمكن معه التوفيق بينهما فيما يتعلق بالمسألة الأساسية، وهي المأخذ الصحيح للقانون. فالقانون الإسلامي هو قانون الله المشرّع الوحيد، ولا سلطة لأي أمير في وضع القواين، ومشيئة العوام لا اعتبار لها إلا إذا مثلت إجماعاً عاماً كافياً، إلى حد يجوز معه اعتبارها كممثلة لصوت الله. ولذلك يجوز لنا أن نؤكد أن مؤسسي القانون الإسلامي كان من الصعب عليهم أن يعترفوا بدين للنظلم الرومي، حتى ولو أنهم شعروا به[1] ولنسلم دون قطع ولا مساس بالحق، بل على سبيل البحث والاستدلال، أن مؤيدي الفكرة الشائعة (عن وجون، تأثير للقانون الرومي على الفقه) ليسوا بحال أقرب إلى أن يثبتوا دعواهم، فإنهم لا يقدرون على أثبات وجود الاستعارة من القانون الرومي في الفقه بمجرد قولهم: «إن الفقه لم يعترق بوجودها». ولذلك فإن السير رولاند ولسون Sir Roland Wilson عندما يقول في كتابه الإنكليزي خلاصة القانون المحمدي الإنكليزي Digest of Anglo-Momammedan Law طبعة خامسة، ص ٢٤: إن هناك «تواطؤ مقدس على السكوت الجنائي» عند المؤلفين العرب (المسلمين) تصدد المصادر التي أخذوا منها مادتهو فهو يفترض كالثابت ما هو محتاج إلى الثبوت. إن مثل هذا التواطؤ لا وجود له. وليس هناك على الاطلاق ما سيدعو إلى افتراض أن المصادر الواعية للقانون الإسلامي هي غير ما يقول المؤلفون المسلمون بالصراحة إنها هي المصادر.

٤٨ ـ إن مؤسسي القانون الشرعي والجامعين الأوائل للحديث والسنة كانوا أمناء (ولو كانوا في بعض الأحيان أغراراً في غاية السذاجة)[2]، وكانوا قد شغلوا بما اعتقدوه واجباً دينياً، وهو توضيح القانون الإلهي. ومجرد شعورهم بأن مهمتهم دينية كان يمنعهم من أي شيء مختلس. نعم، هذا لا ينفي إمكان الاستعارة غير المباشرة وبدون شعور. والأحاديث من مجهة

(١) إن إمكان مثل هذا الغش والخيانة رده المؤلف نفسه فيما بعد. (مترجم).

(٢) إن رجلاً كالإمام البخاري الذي جال في العالم الإسلامي حامل جدول أسئلة، كان لا بد أن يجد عاجلاً أو آجلاً الأجوبة التي أرادها. ومن المسلم عامة أن هناك كان في الواقع وضع لعدد ضخم من الأحاديث. (مؤلف).

النظر هذه ليست إلا محاولة لعزو التعامل الموجود، أو آراء بعض رجال القانون، إلى محك الصحة وهو قبول النبي (عليه السلام) حقيقة أو فرضاً[١]. وكم من تعامل وعرف وعادة توارى في الأحاديث يرجع إلى أصل رومي؟ تلك قضية نرجو أن ندقق في وقت آخر. ولكن المتيقن تماماً هو أنه لم تكن هناك استعارة مباشرة من مجموعة قوانين يوستي نيان Corpus Juris.

٤٩ ـ الشريعة، كما ذكرنا من قبل، تختلف اختلافاً أساسياً عن القانون الرومي، سواء في طبيعتها أو في غرضها. فالقانون الرومي، حتى في خالص ناحيته المجردة والعلمية، ليس إلا قانون العلماء القانونيين. أو كما يقال في المثل اللاتيني: «كل قانون وضع فإنه وضع بسبب الإنسان» hominum causa comne jus constitutum أما القانون الإسلامي فهو أولاً وقبل كل شيء نظام أهل دين يطبقون الأحكام (الموجودة) على الوقائع، وغرضهم وصل كل نفس إنسانية بالله تعالى. وهذا القانون يتضمن كثيراً من أحكام الصوم والصلاة والحج وأمثالها. وحتى حينما يعالج أموراً مدنية مثل البيع والرهن، ففي أكثر الأحيان تغلب فيها ناحيتها الدينية على ما يتعلق بطرفي العقد[٢]. والنتيجة كما ذكره كبراء الباحثين أن الشريعة كنظام قانوني ربما لم

---

(١) إن قلم المؤلف قد ضل وأخذ أمنيته كحقيقة وواقعة. (مترجم).

(٢) على سبيل مثال مفرط لهذا، انظر الاستدلال الحنفي لضمان التعدي بالدخول في بيت أحد بدون أذنه، كما ـ كره عبد الرحيم في كتابه الإنكليزي «أصول الفقه المحمدية» Muhammadan Jurisprudence ص١٦٢ ـ ١٦٣: الأحسن أن يكابد المدعي الشاكي ظلماً على أيدي الرجل المعتدي على بيته من أن يعطي له تعويض غالٍ لأجل الضرر، لأن في إعطائه مثل هذا التعويض إدخال ذات الله فيه كشريك الظلم، وشريك الظالم المعتدي. راجع كذلك (في نفس الكتاب)، الاستدلال عن الجوهر والعرض، ما هو بعيد جداً عن القانون العملي. (مؤلف) ـ قال عبد الرحيم، وارجع إلى توضيح التلويح لصدر الشريعة، وأن الغاصب يؤمر برد المال المغصوب ولكن حسب الأحناف لا يؤمر بتعويض ما عسى أن استفاد منه أثناء القبض الظالم، لأن الاستفادة أمر غير محسوس فلا يقوّم بالضبط، فلو أمرنا بالتخمين بتعويض ضرر لم يعلم مقداره لكان فيه إمكان تعويض زائد على اللازم. أما ما يتعلق بالجوهر والعرض، فلم يذكر مؤلفنا صفحة مصدره، ولم نجده في المظان حتى ندقق الطعن. (مترجم).

تطبق أبداً بتمامها، ولكن من جهة أخرى، قلما قصرت هي عن تأثير شديد على إدارة العدل. ومن وجهة نظر بحثنا الاضر ينتج أيضاً أن جزءاً كبيراً من القانون الرومي سوف لا يهم علماء الشريعة (الإسلامية) الذين يطبقون الأحكام (الموجودة) على الوقائع، حتى لو كانوا على دراية بالقانون الرومي. وحينما نسمي القانون الإسلامي أو القانون المحمدي فمرادنا الشريعة (الإسلامية)، لا غير وكذلك في الشريعة مباحث سوف لا يهتم بها علماء القانون الرومي، فإنها محكومة باعتبارات هي أجنبية تماماً بالنسبة إليهم.

٥٠ ـ إننا نرجو في مقالة أخرى أن نقدم بعض الاقتراحات على سبيل التجربة، من نوع إيجابي غير هدام، حول الحقول التي يمكن فيها اقتفاء آثار التأثير غير المباشر للقانون الرومي (على الفقه)، وأيضاً الطرق التي يسكن أن يكون قد وصل عنها ذلك التأثير، مع محاولة بعض التوجيه والتفسير للتوارد الذي حصل صدفة بين النظامين.

الفصل الثاني

أدلة الفقه الإسلامي

معنى الدليل لغة واصطلاحاً

الدليل في اللغة هو الهادي والمرشد، فمن يرشد السالك في مجاهل الصحراء يسمى دليلاً، ومن يدل السائحين إلى مناطق الآثار يسمى مرشداً، أما الدليل في الاصطلاح الأصولي فهو ما يتوصل بصحيح النظر فيه إلى مطلوب خبري، فقوله تعالى: ﴿**وأقيموا الصلاة**﴾ دليل عند الأصوليين، لأن المجتهد يتوصل بالنظر فيه إلى وجوب الصلاة، والنظر في الدليل لا بد أن يكون صحيحاً، أي جارياً وفق قواعد الاستدلال وشروطه، والمطلوب الخبري هنا الحكم الشرعي، فالمجتهد يخبر بعد النظر في الآية السابقة بأن الصلاة واجبة.

والدليل هو ميدان عمل المجتهد أصولياً كان أم فقيهاً، إلا أن الفقيه ينظر في الأدلة الجزئية للوصول إلى الحكم الشرعي في واقعة مفردة من أفعال المكلفين، أما الأصولي فهو ينظر في الأدلة الإجمالية، لاستنباط القواعد العامة.

أقسام الأدلة:

الأدلة الشرعية ليست في قوة واحدة، وبعضها محل اختلاف وبعضها متفق عليه، فهي تنقسم إلى عدة أنواع باعتبارات مختلفة:

١ ـ فباعتبار مصدرها تنقسم إلى أدلة نقلية كالكتاب والسنة والإجماع،

وهي نقلية لأنه لا مدخل لتصرف العقل في الاستدلال بها على المطلوب.

وأدلة عقلية، كالقياس، والمصالح المرسلة، والاستصحاب، وإنما كانت كذلك لأن لعمل العقل مدخلاً في طريق الاستدلال بها.

٢ ـ وباعتبار دلالتها تنقسم أدلة قطعية وأدلة ظنية، والدليل عند بعض الأصوليين لا يطلق إلا على ما يفيد العلم القطعي، أما ما يفيد الظن والرجحان فيطلق عليه الأمارة، والجمهور على أنه ما يفيد القطع وما يفيد الظن يسمى دليلاً، وهذا التقسيم في نظرنا يتعلق بالأدلة الجزئية لا الإجمالية، لأننا نأخذ بقول من يرى من الأصوليين بأن أصول الفقه في الدين قطعية، والدليل على ذلك أنها راجعة إلى كليات الشريعة، وما كان كذلك فهو قطعي.

٣ ـ وتنقسم باعتبار استقلالها بالحكم، إلى أدلة أصلية كالكتاب والسنة، فهي تكفي بذاتها لإثبات الحكم دون حاجة إلى دليل آخر تبنى عليه، وإلى أدلة فرعية تستنبط منها الأحكام بإسناد من الدليل الأصلي، فالقياس دليل فرعي لأنه لا يثبت الحكم إلا بأصل معلل من الكتاب والسنة وتدور مع علته الأحكام القياسية. وباعتبار الاستقلال يوجد نوع ثالث من الأدلة هي الأدلة الاحتياطية، لا يلجأ إليها إلا استثناء وعند انعدام الدليل الفرعي والأصلي.

٤ ـ وباعتبار حجيتها تنقسم إلى أدلة متفق عليها كالكتاب، والسنة، والإجماع، وأدلة مختلف فيها كالاستحسان، والعرف وقول الصحابي.

٥ ـ وباعتبار مجالها تنقسم إلى أدلة إجمالية كالكتاب والسنة والأجماع، وهي مجال عمل الأصولي حيث يبحث في الدليل الكلي للوصول إلى القاعدة الكلية. وإلى أدلة جزئية، يستخدمها الفقيه في الوصول إلى الحكم الجزئي من الدليل الواحد.

وسوف نعتمد في دراستنا تقسيم الأدلة إلى أصلية، وفرعية، واحتياطية، لأنها الأقرب لاستيعاب مصادر الفقه الإسلامي.

وينقسم هذا الفصل إلى ثلاثة مباحث

المبحث الأول: الأدلة الأصلية.

المبحث الثاني: الأدلة الفرعية.

المبحث الثالث: الأدلة الاحتياطية.

المبحث الأول

الأدلة الأصلية

الأدلة الأصلية هي التي يبنى عليها غيرها، ولا تبنى هي على غيرها، وتتميز الأدلة الأصلية بأمرين: ـ

الأول: أنها مصدر مستقل للأحكام الشرعية، تكفي وحدها لاستنباطه، وإثباته والإلزام به.

الثاني: أن ترتيبها في سلم المصادر الفقهية توقيفي، أي جاء به الوحي، فلا بد للفقيه عند استنباط الأحكام من الرجوع أولاً إلى القرآن الكريم، ثم إلى السنة النبوية، ثم إلى الإجماع. والأدلة الأصلية هي القرآن والسنة والإجماع، وقد استدل العلماء على حجيتها بقوله تعالى: **﴿يا أيها الذين آمنوا أطيعوا الله، وأطيعوا الرسول، وأولي الأمر منكم، فإن تنازعتم في شيء فردوه إلى الله والرسول، إن كنتم تؤمنون بالله واليوم الآخر ذلك خير وأحسن تأويلا﴾**.

فطاعة الله تكون بطاعة ما أنزل في كتابه، وطاعة الرسول تكون فيما جاءنا من سنته، وطاعة أولي الأمر هي طاعة المجتهدين من الأمة حكاماً وعلماء، فيما اتفقوا عليه من الأحكام الشرعية التي ليس فيها كتاب ولا سنة.

وتؤخذ الأحكام الشرعية من المصادر الأصلية بالترتيب، القرآن فالسنة فالإجماع، وقد ورد في ثبوت ذلك حديث معاذ رضي الله عنه، عندما أرسله رسول الله ﷺ إلى اليمن وقال له: بم تقضي قال معاذ: بكتاب الله، قال: فإن لم تجد. قال: فبسنة رسول الله، قال: فإن لم تجد، قال: أجتهد رأيي ولا آلو أي لا أقصر ـ قال ـ أي معاذ ـ: فضرب رسول الله ﷺ على صدري، وقال: الحمد لله الذي وفق رسول رسول الله ﷺ إلى ما يرضي الله

ورسوله. ولم يذكر الإجماع في حديث «معاذ»، لأنه لا إجماع في حياتهﷺ، وإن وجد فلم يكن مصدراً للأحكام الشرعية، وإنما استقل الإجماع مصدراً فقهياً، واحتل ترتيبه بين مصادر الفقه الأصلية بعد وفاة الرسولﷺ، روى «البغوي» عن «ميمون بن مهران» أن أبا بكر - رضي الله عنه - كان إذا ورد عليه الخصوم نظر في كتاب الله تعالى، فإن وجد فيه ما يقضي بينهم قضى به، وإن لم يجد في كتاب الله نظر في سنة رسول اللهﷺ، فإن وجد ما يقضي به قضى به، وإن أعياه أن يجد في سنة رسول الله قضاء جمع رؤساء الناس فاستشارهم، فإذا استقر رأيهم على شيء قضى به، وكان عمر يفعل ذلك.

وهذا الترتيب يفترض تساوي دلالاتهما في القوة، لأن السنة المتواترة تقدم على ظاهر الكتاب إذا كانت دلالتها قطعية، والإجماع هو حجة قطعية قد يعارض خبر الواحد فيتقدم عليه، وكذلك قد يتقدم القياس خبر الواحد كما يرى بعض الأصوليين ومنهم الأحناف والمالكية.

وينقسم هذا المبحث إلى ثلاثة مطالب.

المطلب الأول: القرآن الكريم.

المطلب الثاني: السنة النبوية.

المطلب الثالث: الإجماع.

المطلب الأول

القرآن الكريم

القرآن الكريم هو أصل الأدلة الشرعية، وكتاب المسلمين الأول، اهتموا به منذ فجر الرسالة تلاوة وفهماً وحفظاً في صدور الرجال، ثم عكفوا عليه تدويناً وجمعاً، ونشأت حوله علوم القرآن، بل اغترفت من ينبوعه الصافي كل العلوم الإسلامية.

١ ـ تعريف القرآن الكريم:

القرآن في اللغة مصدر قرأ، ويرادفه الكتاب، وهو مصدر كتب، والقرآن والكتاب بمعنى واحد عند الأصوليين، وقد صار كل منهما علماً بالغلبة على كلام الله تعالى المقروء، بحيث إذا أطلق أحدهما انصرف إليه. والقرآن في الاصطلاح الشرعي، هو كلام الله المعجز المنزل على محمدﷺ باللفظ العربي المتعبد بتلاوته، والمنقول إلينا بالتواتر في المصاحف، المبدوء بسورة الفاتحة، المختوم بسورة الناس. وهذا التعريف يتضمن عدة أمور منها:

أ ـ أن القرآن جاء بلسان عربي، فلا تعد ترجمة القرآن قرآناً، فلا تأخذ حكمه، ولا تصلح دليلاً لاستنباط الأحكام.

ب ـ أن القرآن الكريم قراءاته متواترة، فقراءة الآحاد مثل قراءة «عبد الله بن مسعود» «فصيام ثلاثة أيام (متتابعات)» ليست من القرآن، ويحملها البعض على أنها تفسير من الرسول «أدرجه ابن مسعود» في مصحفه، ولكنها بيقين ليست من القرآن الكريم.

ب ـ أن القرآن الكريم كله وحي من الله باللفظ والمعنى، فالأحاديث ليست قرآناً، ويستوي في ذلك الأحاديث القدسية والنبوية.

خصائص القرآن الكريم:

أ ـ القرآن الكريم نص إلهي:

وهذه الخصيصة الأولى للقرآن الكريم إذا غابت عن الناظر فيه، قارئاً أو مستنبطاً، مفسراً أو مؤولاً، فقد فقد القاعدة المنهجية الأولى للتعامل مع القرآن الكريم، لأن قضايا الإعجاز والغيب والنبوة، لا تفهم ولا تستوعب إلا باعتباره نصاً إلهياً، نزلِ بلسان عربي مبين وهذا يقتضي ما يلي:

ـ هناك مسلمات في الاقتراب من النص القرآني، فلا تفهم أحكامه، ولا تستوعب تشريعاته، عند أولئك الذين يرونه نصاً بشرياً ـ إنكاراً أو ارتداداً ـ فكل تفسير لهذا الكتاب بالرأي أو بالمأثور، لا بد من انطلاقة من بديهية أولى هي إلهية النص، ولا تعني إلهية النص القرآني جموده أو تجميده، وإنما تعني أن العقل مرتبط بالنص، مهمته أن يفهم أحكامه، لا أن يتجاوزها، أو يأتي بابتداع لا سند له من كليات النص، ومقاصد الشرع.

ـ إن عربية النص القرآني تقتضي عند فهمه ودراسته، الانقياد لقوانينه اللغوية، مع التأكيد على أنه نص إلهي وليس نصاً بشرياً، أو كما يدعو «الراغب الأصفهاني» في مقدمة تفسيره، إلى ضرورة انقياد المفسر للنص، فلا يجافي منطق اللغة، ولا ينأى عن دلالاتهما، وإلا خرج إلى التأويل المستكره، الذي يلوي فيه المفسر أو المؤول النص، حتى يوافقه هواه، ويدعم مذهبه واتجاهاته، وكثير من الكاتبين اليوم في تفسير القرآن من غير أهل الاختصاص، يخرجون عن النص بتأويل مستكره كما يقول «الراغب الأصفهاني».

ب ـ عمومية النص القرآني:

وهي عمومية خطاب يستوعب الزمان والمكان، فلا يتوجه فحسب إلى بيئته التي نزل فيها، أو زمن بلاغ الرسالة، أو بلاد معتنقيه وأتباعه، فالقرآن خطاب للحياة الإنسانية كلها، وهذا أحد معاني ختم الرسالة الإسلامية، والقول بعمومية النص القرآني يلزم بما يلي:

ـ أن هذا النص لا يتحدد عمله، ولا يتقيد أثره بالحياة المعاصرة

لنزوله، فكل قول بتاريخية النص، أو نسبية أحكامه يعد خروجاً عن حقيقة النص القرآني، ويتضمن مغالطة أو سوء نية ممن يحاول فهم نصوص القرآن الكريم بهذا المنهج المعكوس.

ـ صلاحية النص القرآني لكل زمان ومكان، وهذه الصلاحية اقتضت أن يكون تركيبه من نوع خاص، يلائم هذه الصلاحية ويسندها، ويدور معها أينما كانت، وحيث وجدت، من هنا لم يكن القرآن زمنياً بيئياً إلا من حيث الظواهر اللغوية، والخصائص التركيبية، باعتباره نزل بلغة عربية لها أسلوبها الخاص، وطريقة بنائها، فهو عدا أبنية اللغوية نص لا يحده إنسان أو زمان أو مكان.

جـ ـ قطعية النص القرآني:

فالقرآن كله قطعي الثبوت، وإن كانت بعض آياته قطعية الدلالة، والبعض الآخر دلالته ظنية، وقطعية الثبوت تلزم بما يلي:

ـ أن النص القرآني بعد وفاة الرسول لا سبيل إلى الإضافة إليه، أو الإنقاص منه، فقد بلغ النص بانقطاع الوحي مرحلة الكمال، كمال الدين واكتمال الكتاب على حد سواء.

ـ أن الدلالة القطعية والدلالة الظنية في النص القرآني ليست مجرد تحديد لمجال عمل العقل في مواجهة النص، بل هي بالدرجة الأولى تحديد للثابت والمتغير في حياة الناس، فالثابت جاءت نصوصه تفصيلية وأغلبها قطعية، والمتغير تضمنته النصوص ذات الدلالة المرنة أو المفتوحة، والتي تضع المبادىء العامة والقواعد الكلية.

٣ ـ حجية القرآن الكريم:

الحجية ليست إلا عنصر الإلزام في القاعدة القرآنية، فالقرآن إلهي المصدر، حيث لا حاكم على الحقيقة إلا الله، كما هو مدلول قوله تعالى: ﴿إن الحكم إلا لله﴾، فالحاكم هو الله لا خلاف في ذلك بين الفرق الإسلامية كلامية وفقهية. كلامية كالأشاعرة والمعتزلة والماتريدية والخوارج، وفقهية كالأحناف والمالكية والشافعية والحنابلة من أهل السنة،

والزيدية والجعفرية من الشيعة، والاباضية والظاهرية من غيرهم.

والحجية بهذا المعنى تنطوي على عنصرين هما:

العنصر الأول: يفيد أن من الحجية وجوب اعتبار القرآن دليلاً يؤخذ منه حكم الله فيظهر لنا التكليف الشرعي، ويستوي في ذلك إفادته اليقين أو الظن.

العنصر الثاني: يفيد أن الحجية توجب العمل بما علمناه من الدليل، فحجية القرآن إذن تعني أنه دليل شرعي، ويجب العمل بمقتضاه، ومبحث الحجية أقرب إلى علم الكلام، وفي ذلك يقول صاحب «مسلم الثبوت»: «إن حجية الكتاب والسنة والإجماع من علم الكلام، ولكن تعرض الأصولي لحجية القياس والإجماع لأنهما كثر فيهما الشغب».

ويرى العلامة «محمد تقي الدين الحكيم» في كتابه «الأصول العامة للفقه المقارن» أن الحديث عن حجية القرآن موقوف على تمام مقدمتين: ـ

أولاهما: ثبوت تواتره للقطع بصدوره، وهذا ما لا يشك فيه مسلم امتحن الله قلبه للإيمان.

ثانيهما: نسبته لله عز وجل، وعقيدة المسلمين قائمة على ذلك. وعلى الرغم من أن حجية القرآن ضرورة دينية، بل هي بمنزلة البديهي من العلم، إلا أن البعض التمس أدلة عليها من النقل والعقل.

أ ـ أدلة الحجية من الكتاب:

في القرآن الكريم آيات كثيرة تتحدث عن صدق القرآن الكريم، وعن أنه من رب العالمين، الذي كل ما يأتي منه صدق وحق، يقول الله تعالى: **﴿تنزيل الكتاب لا ريب فيه من رب العالمين﴾**. ويقول تعالى في حديثه عن الرسول المبلغ: **﴿وما ينطق عن الهوى إن هو إلا وحي يوحى﴾**.

وهذا الدليل ـ كما أشار البعض ـ ينتهي بنا إلى الدور، لأن دلالة هذه الآيات على كون القرآن من الله موقوفة على أن تكون هي من الله، وكونها من الله تعالى موقوف على كون القرآن منه تعالى.

ب ـ الاستدلال بإعجاز القرآن:

واستدل البعض بإعجاز القرآن على حجيته، لأنّ ثبوت الإعجاز والتحدي به، وبسوره وآياته، وبما يخبر به عن الغيب، كل ذلك دليل على صدقه، وقاطع في نسبته إلىٰ الله، بما يترتب عليه من وجوب التصديق والعمل.

وقد انتقد الإمام «الغزالي» بحق من أدخل الإعجاز في تعريف الكتاب من الأصوليين، وقال في كتابه «المستصفى»: «فإن قيل هلا حددتموه بالمعجز قلنا إن كونه معجزاً يدل على صدق الرسول عليه السلام، لا على كونه كتاب الله تعالى لامحالة، إذْ يتصور الإعجاز بما ليس من كتاب الله تعالى، ولهذا قال البعض بتخطئة كل أصولي جعل إعجاز القرآن الكريم دليلاً على حجيته، فإن الإعجاز دليل القرآن الكريم على صدق الرسول في رسالته.

وحجية القرآن التي هي الإلزام به دليلاً، والالتزام بأحكامه التي تظهر لنا، هذه الحجية أساسها عندنا أمران: ـ

الأمر الأول: عصمة قرآن، وهي عصمة قائمة في تواتره، ودائمة في تكفل الله بحفظه قال تعالى: ﴿**إنا نزلنا الذكر وإنا له لحافظون**﴾ لذلك قرر الفقهاء أن القرآن لا يثبت إلا بالتواتر، فما نقل بدونه لا يكون قرآناً فلا يأخذ حكمه من صحة الصلاة به والتعبد بتلاوته وحرمة مسه لغير الطاهر ـ كالقراءات الشاذة ـ أي الغير متواترة ـ عن بعض القراء «كابن مسعود» و«أبي بن كعب»، وهذا قدر متفق عليه بين الأئمة.

الأمر الثاني: عصمة بيان: فالرسولﷺ صادق في بيانه عن الله، وفي بلاغته للناس، وهو معصوم ـ باتفاق العلماء والعقلاء ـ فيما يبلغ عن ربه، لأنه لا يقول عن الله إلا حقاً، يقول تعالى: ﴿**وما ينطق عن الهوى إن هو إلا وحي يوحى**﴾، ويقول جل شأنه: ﴿**ولو تقول علينا بعض الأقاويل لأخذنا منه باليمين، ثم لقطعنا منه الوتين، فما منكم من أحد عنه حاجزين**﴾. ويقول سبحانه: ﴿**وإذا تتلى عليهم آياتنا بينات قال الذين لا**

يرجون لقاءنا إئت بقرآن غير هذا أو بدّله، قل ما يكون لي أن أبدله من تلقاء نفسي إن أتبع إلا ما يتلى علي إني أخاف إن عصيت ربي عذاب لوم عظيم. قل لو شاء الله ما تلوته عليكم ولا أدراكم به فقد ثبت فيكم عمراً من قبله أفلا تعقلون﴾.

فالقرآن المعصوم والرسول المعصوم هما حجة الله على خلقه تلزمهم بأحكامه، وليست الحجية إلا الإلزام بالأحكام.

إعجاز القرآن الكريم:

الإعجاز القرآني أصبح علماً عند المسلمين، وأُفرد بالتصنيف والتدوين، ومؤلفات «الخطابي»، و«الجرجاني»، و«الرماني»، و«الباقلاني» في هذا الفن مشهورة متداولة.

والمعجزة في الاصطلاح الشرعي أمر خارق للعادة، مقرون بالتحدي، سالم من المعارضة، وهي نوعان حسية وعقلية، حسية ترى وتشاهد كأغلب معجزات موسى عليه السلام، وعقلية تعرف بالاجتهاد وإعمال الفكر، وأغلب معجزات رسول الإسلام عقلية، وهو ما يناسب خلود الشريعة الإسلامية. يقول الإمام «السيوطي» في كتابه «الاتقان في علوم القرآن»: «لأن هذه الشريعة باقية على صحفات الدهر إلى يوم القيامة، خصت بالمعجزة العقلية الباقية ليراها ذوو البصائر، وعن رسول الله ﷺ كما رواه البخاري أنه قال: «ما من الأنبياء نبي إلا أعطى ما مثله آمن عليه البشر، وإنما كان الذي أوتيته وحياً - أي قرآناً - أوحاه الله إلي، فأرجو أن أكون أكثرهم تابعاً».

وقيل إن معنى الحديث أن معجزات الأنبياء انقرضت بانقراض أعمارهم فلم يشاهدها إلا من حضرها، ومعجزة القرآن باقية إلى يوم القيامة، وكذلك خرقه العادة في أسلوبه وبلاغته وإخباره بالمغيبات، فلا يمر عصر من الأعصار، إلا ويظهر فيه مما أخبر أنه يكون، يدل على صحة دعواه.

وقيل إن المعنى أن المعجزات الواضحة الماضية كانت حسية تشاهد

بالأبصار، كناقة صالح، وعصا موسى، ومعجزة القرآن تشاهد بالبصيرة ـ أي العقل ـ فيكون من يتبع الرسول لأجلها أكثر، والذي يشاهد بعين العقل باق يشاهده كل من جاء بعد العصر الأول، ويستمر باستمرار العقل وبقائه، فهو خطاب لكل العصور.

وأدلة الإعجاز كثيرة في القرآن الكريم، حيث تحدى العرب وهم أهل البيان وأرباب البلاغة أن يأتوا بحديث مثله، أو بعشر سور منه أو حتى بسورة واحدة، فعجزوا رغم عدائهم للدين، وحرصهم على منازلة الرسول.

فالتحدي إذن حقيقة تاريخية، والعجز حقيقة تاريخية، والإعجاز أيضاً حقيقة تاريخية، أكد ذلك كله القرآن الكريم في قوله تعالى: **﴿قل لو اجتمعت الإنس والجن على أن يأتوا بمثل هذا القرآن لا يأتون بمثله ولو كان بعضهم لبعض ظهيراً﴾**.

وهذا التحدي لا يتعلق بالعرب وحدهم، وإنما يتوجه لكل المخاطبين بالقرآن، من عصر النزول وإلى يوم القيامة، فالآية هنا تؤكد على أمرين هما:

الأول: أن إعجاز القرآن مسلمة دينية وحقيقة تاريخية.

الثاني: أن عجز الإنسان في مواجهة القرآن حقيقة تاريخية، فقد قطعت البشرية أربعة عشر قرناً بعد نزوله، والتحدي لا يزال مستمراً، والعجز لا يزال قائماً.

أما دلائل الإعجاز، فهي كثيرة لغوية وأصولية، بعضها يتعلق بالغيب وبعضها يتعلق بالتاريخ، فيها ما هو في الطبيعة المشاهدة، وفيها ما هو في العقل المفكر، فكل ما قاله الأقدمون في الإعجاز صحيح، ولكن إعجاز القرآن تجل دلائله عن الحصر، ويتعرف عليه العقلاء في كل عصر، لأن كتاب الله كما وصفه الرسولﷺ لا تنقضي عجائبه، ولا يخلق من كثرة الرد. وليس في عصر العلم اليوم، حيث بلغت قراءة كتاب الكون اتساعاً، ورحابة وسيطر الإنسان على كثير من الآفات، ليس في هذا العصر ما يدحض حقيقة الإعجاز، بل حركة العلوم كلها عقلية وطبيعية تدعم الإعجاز،

وتؤيد حقائق النص القرآني، وتؤكد الإيمان في مواجهة أعداء الأديان.

٥ ـ دلالات القرآن:

القرآن كله قطعي الثبوت، أما دلالة آياته فتنقسم إلى نوعين:

أ ـ الدلالة القطعية:

وهي ما جاءت بمعنى متعين فهمه دون سواه ولا يحتمل التأويل، فلا ينظر فيه إلى ترادف، أو إلى حقيقة ومجاز، لأن المعنى المقصود واضح بذاته، متعين دون غيره، مثال ذلك قوله تعالى: ﴿**ولكم نصف ما ترك أزواجكم إن لم يكن لهن ولد**﴾، فالآية قطعية في بيان فرض الزوج في هذه الحالة، لأن النصف لا يعني إلا النصف. فالدلالة هنا قطعية.

ب ـ الدلالة الظنية:

وهي ما جاءت بمعنى يحتمل هو وغيره، فيتطرق الاحتمال إلى الفهم، فتكون الدلالة ظنية، مثال ذلك قوله تعالى: ﴿**والمطلقات يتربصن بأنفسهن ثلاثة قروء**﴾، فلفظ قرء يحتمل أكثر من معنى فقد يكون معناه الطهر، وقد يكن معناه الحيض، وهو خلاف في المعنى له أثره على الأحكام الفقهية الفرعية، ولتعدد فهم اللفظ واحتماله أكثر من معنى كانت الدلالة ظنية.

٦ ـ نسخ القرآن:

نسخ القرآن أثر من التدرج في نزوله، فلو جاء دفعة واحدة لفقد النسخ معناه ووظيفته التشريعية، والنسخ في اللغة يعني الإزالة، وفي الاصطلاحي الشرعي هو «بيان انتهاء حكم شرعي بدليل شرعي متأخر عنه». وهذا التعريف يعني انتهاء حكم سابق بدليل لاحق، لا بحكم لاحق، لأن النسخ قد يرد على حكم فينتهي الإلزام به، ويكتفي بالإلغاء دون أن يأتي الدليل بحكم جديد، فنسخ الحكم القديم لا يعني إضافة حكم جديد.

فإذا ورد نص شرعي، ثم ورد بعد العمل به نص آخر يرفع حكم النص الأول، سمي ذلك نسخاً، وسمي النص الأول منسوخاً، والنص

الثاني ناسخاً. والكثير من العلماء يعتبرون النسخ نوعاً من أنواع البيان ويسمونه بيان التبديل، لأنه في نظرهم بيان انتهاء مدة الحكم.

والذي نراه أن النسخ في حق الشارع جل وعلا بيان، لأن خطابه جزء من علمه وهو العليم بكل شيء، أما النسخ في حق الإنسان فهو رفع وإزالة، لأن الخطاب بالنسبة إليه تكليف. فإذا ورد النسخ ارتفع الحكم وزال التكليف.

ولذلك قال البعض أن النسخ بيان لانتهاء مدة الحكم الشرعي في حق الشارع، ورفع للحكم الشرعي في حقنا نحن المكلفين.

والنسخ جائز عقلاً، وواقع فعلاً، وهل وقع النسخ في القرآن أم لا؟ الجمهور على أن في القرآن ناسخاً ومنسوخاً، وإن اختلفوا في تحديد الآيات المنسوخة بين مضيق وموسع، وذهب بعض العلماء من القدامى والمعاصرين إلى أن القرآن كله محكم لا نسخ فيه.

وعلى رأس هؤلاء من القدامى «أبو مسلم الأصفهاني»، ومن المعاصرين الشيخ «عبد المتعال الجبري»، وأستاذنا الدكتور «محمد بدر». ولهما كتابات موسعة محورها أن لا نسخ في القرآن.

وجمهور الفقهاء يرى وقوع النسخ، ولا خلاف بينهم في نسخ القرآن بالقرآن، ولكنهم اختلفوا في جواز نسخ القرآن بالسنة، فأجازه الجمهور، وخالف في ذلك الإمام الشافعي فمنع نسخ الكتاب بالسنة ولو كانت متواترة.

والخلاصة أن نسخ القرآن يعني رفع التكليف السابق بدليل لاحق، ولا نسخ إلا بوحي، فدعوى النسخ بعد عصر الرسول باطلة، ورفع الحكم الشرعي عن المكلف لا يأتي إلا من الشارع وهو الله جلّ في علاه، والمبلغ بذلك هو رسول الله، ولا يبلغ النسخ أحدٌ سواه.

المطلب الثاني

السنة النبوية

تدرس السنة باعتبارها علماً، وباعتبارها دليلاً، فباعتبارها علماً تنقسم إلى قمسين، قسم يتعلق بجمعها وروايتها وتدوينها، ويسمى بعلم الحديث رواية، وقسم يتعلق بالرواة وأحوالهم والروايات ومدى تعارضها، وناسخها، ومنسوخها، ويسمى قسم الحديث رواية، وفروعه متعددة، منها الجرح والتعديل، وتاريخ الرواة، واختلاف الحديث، ومشكل الحديث إلى غير ذلك مما صنف فيه الإسلاميون فبرعوا وتفوقوا.

وفي هذا المطلب ندرس السنة باعتبارها دليلاً تؤخذ منها الأحكام، وتلتزم به الأمة.

١ ـ تعريف السنة:

السنة لغة كاللقمة، والأكلة، من السن، وهو انتهاج الطريق والسير فيه، فسنة كل أحد هي طريقته التي يتبعها، ومنهجه الذي يسلكه عادة في أمر الدين أو غيره، سواء أكانت من الأمور الحميدة أو غيرها، ولذا جاء في الحديث «من سن سنة حسنة» «ومن سنة سنة سيئة» أي سار سيرة محمودة أو مذمومة ووضعها للناس ليقتدوا بها، والسنة في الاستعمال الشرعي أخص من معناها في الاستعمال اللغوي، فلا تكاد تستعمل في لسان الشريعة في أمر دينوي محض، وإنما تستعمل في الشؤون الدينية الخاصة، فكلمة السنة على حقيقتها الشرعية في الصدر الإسلامي الأول، لا تتناول من الأمور الدينية إلا ما كان حقاً وصواباً، وهو الطريق الذي رسمه لنا كتاب الله وبيان رسوله نصاً واستنباطاً، أما علماء الشريعة بعد الصدر الأول فهم فريقان: فريق وقف عند هذا الاستعمال الشرعي كما هو بغير زيادة ولا نقص، وفريق مضى في معنى السنة إلى تخصيص ثالث فالسنة عند هؤلاء

هي الطريقة الدينية التي جرى العمل بها نفسها على عهد الرسول ﷺ. وقد تطور مفهومها الاصطلاحي بعد ذلك مع ثبات المضمون فعرفها الأصوليون بأنها «كل ما صدر عن الرسول ﷺ من قول أو فعل أو تقرير من حيث كونه مصدراً للأحكام الشرعية». وعرفها علماء الشيعة بأنها ما صدر عن المعصوم من قول أو فعل أو تقرير. فتشمل ما صدر عن الرسول ﷺ وما صدر عن الأئمة المعصومين عندهم.

أ ـ البدعة والسنة:

البدعة لغة من بدع الشيء يبدعه بذعاً، وابتدعه أي أنشأه وبدأه، والبذع الشيء الذي يكون أولاً، وفي ذلك يقول تعالى: **﴿قل ما كنت بدعاً من الرسل﴾** أي ما كنت أول من أرسل، وكلمة البدعة في الصدر الأول ما كانت تتناول في حقيقتها إلا ما هو باطل وضلال في مواجهة السنة التي هي حق وصواب، ولذلك تكرر ذمها في السنة بصيغ العموم والشمول كما في حديثه ﷺ «وإياكم ومحدثات الأمور، فإن كل محدثة بدعة وكل بدعة ضلالة» ولكن البدعة بعد ذلك تطور مفهومها لتصبح كل أمر جديد لم يعهد بشخصه ولم يسبق بصورته في عصر النبوة، سواء أكان قد عمل به في زمن الصحابة أم لم يحدث إلا بعدهم، وسواء أكان له مستند صحيح من أدلة الشرع أم لم يكن.

ب ـ حكم البدعة:

لو سألنا هل البدع كلها ضلالات مذمومة؟ قلنا إن الجواب عن السؤال يختلف باختلاف الاصطلاحين المذكورين **فأما على الاصطلاح الأول**: والذي أطلق على البدعة باعتبارها كل ما هو باطل، فلا يسع مسلماً قبولها سواء أكان من الأئمة أو العامة، إذ لا خفاء أن كل اختراع في الدين لما لا دليل عليه من جهة الشرع إنما هو اغتصاب لمنصب الشارع، فأقل ما يقال فيه أنه مردود على صاحبه «فماذا بعد الحق إلا الضلال» ولهذا قال الرسول ﷺ «من أحدث في أمرنا هذا ما ليس منه فهو رد» وقد اعتبر الإمام «الشاطبي» في كتابه «الاعتصام» أن البدع بالمعنى السابق كلها مذمومة، مع تفاوت مراتبها في الذم **أما على الاصطلاح الثاني**: الذي يرى البدعة في كل

أمر جد بعد عصر النبوة فلا شك أنها تنقسم إلى محمودة ومذمومة، فكل ما لم يشهد له دليل معتبر فهو بدعة مذمومة وإن أيده صاحبه بالشبهات والتأويلات، وكل ما شهد له دليل من كتاب أو سنة أو إجماع أو استدلال بالقياس أو غيره من الأدلة التي أرشد إليها الشارع فهو حسن وإن لم يكن وجد نفسه في عصر النبوة ومن هنا قال الإمام «الشافعي» فيما رواه عنه «أبو نعيم» «البدعة بدعتان: محمودة ومذمومة، فما وافق السنة فهو محمود، وما خالفها فهو مذموم».

وعلى هذا المعنى بنى «العز بن عبد السلام» وتلميذه الإمام «القرافي» مذهبهما في تقسيم البدعة إلى الأقسام الخمسة، الواجب ومثاله جمع المصحف، المندوب كصلاة الجماعة في التراويح في رمضان، والمباح كالتوسع في أنواع الطعام، والمكره كزخرفة المساجد، والحرام كالرهبانية.

فاختلاف الفريقين إذن في ذم البدعة ليس اختلافاً حقيقياً، وإنما هو خلاف اسمي تابع لاختلاف موضوع الحكم، فالمعنى الذي يحكم عليه الفريق الأول بالذم مطلقاً لا يفصل فيه الفريق الثاني، إذ لم يقل أحد منهم بتحسين شيء لم يرد بحسنه دليل ولا شاهد شرعي، كما أن المعنى الذي يفصل فيه هذا الفريق لا يطلق الأولون القول بذمه، إذ لم يقل أحد منهم - اللهم إلا ما ينقل عن غلاة الظاهرية - بأن كل ما لم يفعل بخصوصه في زمن النبي يكون مذموماً وإن شهدت له الأدلة وأجمع عليه الصحابة.

والحق أن البدعة ليست في كل جديد وإنما في الجديد المذموم شرعاً، وأن السنة ليست في كل ما كان في عصر الرسول، وإنما ما جاء به على سبيل الالزام لأمته، فليست كل الأفعال التي وقعت في زمن النبي ﷺ وأقرها بكافية لنا في تحديد السنة المطلوبة، فهنالك صورة الحياة العربية، وأسلوب المعيشة التي كان عليها العرب زمن النبوة في ألوان طعامهم وشرابهم، وأشكال مساكنهم وملابسهم، وأنواع صناعاتهم ومرافقهم، وأساليب حروبهم وأدوات علومهم، أفنعد كل من خالف عوائد العرب في ذلك الزمان مبتدعاً حتى فيما لم يرد أمر به ولا نهي عن خلافة؟ إن ذلك يفضي بنا - كما قال «الشاطبي» - إلى شناعة شديدة جداً، فإن إلزام العالم

كله عادة واحدة، وصورة واحدة، مناف لما نعلمه من قواعد الشريعة، وأنه قد روعي فيها اختلاف الطبائع البشرية، واختلاف العوائد في الأزمان والأقطار والأشخاص، ثم هو بعد ذلك مناقض لنصوص الشريعة التي تأبى التضييق والحرج فيما دلت أدلتها على جوازه من غير معارض ﴿قل من حرّم زينة الله التي أخرج لعباده والطيبت من الرزق﴾[1].

ليس التشريع الإسلامي إذاً قاصراً على تلك الصور المعينة التي جرت في أفعال الرسوُل وتقريراته، بل إنه كما يستمد من هذين المصدرين العمليين، يستمد من مصدرين قوليين هما النصوص الثابتة من القرآن والسنة.

وليس كل مخالفة للشرع تسمى بدعة، إنما جَعْل هذه المخالفة ديناً هو البدعة، فمن تمحل لمعصيته حتى صبغها بصبغة الدين وأدخلها في حدود الشريعة فقد ابتدع، كما أن كل من عمل عملاً يغير به الأوضاع الشرعية كان مبتدعاً ولو لم يكن ذلك العمل في أصله محرماً ولا مكروهاً، كأن يعمد إلى مباح فيجعله مندوباً، أو إلى مندوب فيجعله واجباً، أو إلى مشروع فيضعه في غير موضعه، أما الذي يعمل بالمعصية انقياداً لشهوته أو غضبه وهو غير مستحل لها فهو عاص غير مبتدع، حتى لو فشت المعاصي والمنكرات في الناس ـ كما هو حادث اليوم ـ وأصبحت عادة فإنها لا تأخذ اسم البدع بمجرد هذا الاشتهار، اللهم إلا إذا اعتقد الناس مشروعيتها أو أفضى أمرهم إلى اعتقاد ذلك، بأن يعمل بها من هم أهل للاقتداء في الدين أو يسكتوا عن إنكارها وهم قادرون على الإنكار، فيظنها الجاهل جائزة ويدخل الداخلون في الإسلام وينشأ الناشئون فيه على رؤيتها بغير نكير فيزعمونها من الدين، فهنالك يعرض لها اسم البدعة وحكمها[2]، ولا تختص البدع بقسم العبادات من الشريعة، لأن الإسلام لم يدع شأناً من شؤون الإنسان في خاصة نفسه أو في علاقته بالخالق أو المخلوق إلا ومنح

---

(١) د. محمد عبد الله دراز: الميزان، ط ١٩٣٤، ص ١٥ ـ ١٧.

(٢) المرجع السابق ص ١٠ ـ ١١.

له قانوناً يرجع فيه إليه، وأعطاه حكماً معيناً يحكم به عليه، أمراً أو نهياً أو تخييراً.

ومعلوم أنه حين أعطى لكل عمل حكمه لم يجعل لأحد الخيرة في نقض ما أبرمه بتحليل ما حرَّم، ولا في إبرام ما نقضه بتحريم ما أحل، سواء في ذلك أن يكون عملاً للدين أو للدنيا، وبعبارة أخرى سواء أكان هذا العمل من قسم العبادات كالصلاة والصوم، أم من قسم العادات كالبيوع والأنكحة والأطعمة والأشربة، فكلاهما قد حددت له الشريعة حدوداً واسعة أو ضيقة لا يحل لأحد تغييرها ولا تبديلها.

لا جرم إذاً أن كل تغيير يستحدث في هذا القسم أو ذاك يكون داخلاً في حقيقة الابتداع في الدين متى ثبت أنه تغيير لتلك الحدود.

ولا نعني بالتغيير مجرد المخالفة العملية، فهذا وحده لا يسمى ابتداعاً، وإنما نعني به التغيير في التشريع بجعل غير المشروع مشروعاً، والمشروع غير مشروع، أو التغيير في العمل مع اعتقاد مشروعية ذلك وارتكابه باسم الدين نفسه، وهذا هو الابتداع في الشرع، وهو البدعة المذمومة والممنوعة.

٢ ـ حجية السنة:

الحجية كما سبق القول تعني ثبوت النص ووجوب العمل به، وقد حاول البعض ـ خاصة رجال الاستشراق وشواذ من المعاصرين في ديار الإسلام ـ إنكار حجية السنة. بالشك في طريق وصولها إلينا، والطعن في رواتها، بل إن «جولد تسيهر» وسايره بعد ذلك «شاخت» ـ يرى أن القسم الأكبر من الحديث ليس إلا نتيجة للتطور الديني والسياسي والاجتماعي للإسلام في القرنين الأول والثاني، وهذا قول غريب، لأن التاريخ الثابت جرى على ثبوت سنة الرسول ﷺ، وأنها واقعة لا تقبل النزاع، وأن القرآن والسنة هما مصادر الإسلام الأساسية، وأنهما اكتملا وجوداً وأداء في عصر الرسول ﷺ. بل إن الخلافات السياسية والاجتماعية لم تؤثر في الرواة الأول للحديث، والوضاعون الأول في التاريخ العقلي الإسلامي كانوا من

عناصر غير إسلامية، بعضها ظل على دينه، وبعضها اعتنق الإسلام نفاقاً.
وعند دراسة السنة ينبغي أن نفرق بين أمرين:

الأول: حجية السنة: وهذه ثابتة بالقرآن والسنة وإجماع الصحابة، وإنكار الحجية هنا خروج صراح من الدين.

الثاني: ثبوت السنة: أي النظر في الرواة وأحوالهم، والمتن وما حوله، والأمر في الثبوت لم يعد محل جدل كبير، خاصة بعد الجهود المتتالية التي بذلها علماء الحديث، حتى أصبحت كل رواية يعرف سندها وحال رواتها، وطريق روايتها، ودرجتها حتى أننا نعرف عن المحدثين والرواة إثباتاً وجرحاً وتعديلاً، أضعاف ما نعرفه عن المعاصرين لنا، فالحديث في ثبوت السنة ـ على جوازه ـ ينطوي في عصرنا على سوء نية في الغالب، أما الشك في ثبوت السنة جملة فهو جهل صراح، ورفض لأساس من أسس الإسلام. وقد صدق الإمام الشافعي في قوله «لم أسمع أحد نسبه الناس أو نسب نفسه إلى علم، يخالف في أن الله عز وجل فرض أتباع أمر رسوله ﷺ، والتسليم لحكمه، وأنه لا يلتزم قول إلا بكتاب الله أو سنة رسوله، وأن ما سواهما تبع لهما».

والأدلة على ذلك كثيرة منها:

أ ـ قوله تعالى: ﴿**وأنزلنا إليك الذكر لتبين للناس ما نزل إليهم، ولعلهم يتفكرون**﴾ والبيان يعني تفصيل المجمل، وتقييد المطلق، وتعيين المراد من المحتمل، وتخصيص العام، وكل ذلك من وظائف الرسول، ومن مهام البلاغ، وقد قام بها الرسول ﷺ. حتى تقوم الشريعة في حياة الناس.

ب ـ قوله تعالى: ﴿**فلا وربك لا يؤمنون حتى يحكموك فيما شجر بينهم، ثم لا يجدوا في أنفسهم حرجاً مما قضيت ويسلموا تسليما**﴾ والآية صريحة في الإلزام بحكم النبي، والمقصود هنا بلاغه وليس حكمه باعتباره قاضياً، لأن كل قاض يلزم بأحكامه. وقد لا يكون غريباً أن ينكر غير المسلم حجية السنة من هذا الجانب فهو لا يؤمن بالقرآن، أما المسلم

فاستجابته لهذا التكليف تعد جزءاً من الإيمان.

جـ ـ إن الإيمان بالإسلام ديناً، وبالقرآن باعتباره كتاب هذا الدين، يوجبان حجية السنة، وإلا فكيف يصلي الإنسان وكيف يزكي ويصوم ويحج؟ إن كل هذه الفرائض الإسلامية لا تقوم في حياة الناس الواقعية إلا باعتماد السنة، فهي التي تحدد ركعات الصلوات ومواقيتها، وهي التي تحدد مقادير الزكاة وأنواعها، وهي التي تحدد كثيراً من جزئيات الصوم والحج، فالشك في السنة وإنكار حجيتها، والقول بالاعتماد على القرآن وحده، تقويض للشريعة، وتعطيل للتكاليف(١).

٣ ـ أقسام السنة:

تنقسم السنة إلى عدة أقسام، باعتبارات مختلفة، فهي باعتبار صدورها عن الرسول ﷺ تنقسم إلى سنة قولية، وسنة فعلية، وسنة تقريرية، وباعتبار عدد رواتها تنقسم إلى سنة متواترة وغير متواترة، وباعتبار سندها تنقسم إلى مرفوع، ومرسل، وموقوف، ومنقطع، ولها تقسيمات أخرى باعتبارات غير هذه وتلك، والذي يعنينا هنا تقسيم السنة إلى متواترة وغير متواترة، لصلة ذلك التقسيم بالأحكام الفقهية، ولاختلاف الفقهاء في العمل بسنة أو أخبار الآحاد.

تنقسم السنة باعتبار رواتها إلى أقسام تختلف عند الجمهور عنها عند الأحناف.

أ ـ تقسيم الجمهور:

جمهور الأصوليين يقسمون السنة بحسب عدد الرواة إلى السنة المتواترة، وأخبار الآحاد. أي إلى نوعين فقط.

أولاً: السنة المتواترة:

---

(١) نوصي في هذا المجال بقراءة ما يلي:

١ ـ الشيخ عبد الغني عبد الخالق: حجية السنة، المعهد العالمي للفكر الإسلامي.

٢ ـ د. مصطفى السباعي: السنة ومكانتها في التشريع الإسلامي، بيروت.

التواتر لغة تتابع الأمور واحداً بعد واحد، ومنه قوله تعالى: **﴿ثم أرسلنا رسلنا تترى﴾**.

وفي اصطلاح الأصوليين تعني السنة المتواترة ما يرويه جمع عن جمع يؤمن اتفاقهم على الكذب لكثرة عددهم، وذلك من أول السند إلى منتهاه أي من عصر الصحابة ـ الرواة الأول ـ إلى الراوي الأخير في عصر الجمع والتدوين، كأحاديث عدد الصلوات وعدد ركعاتها، ومقادير الزكاة، فهذه الأحاديث ثابت أنها نقلت إلينا بالتواتر.

ولا يشترط لحصول التواتر عدد معين من الرواة بل العبرة فيه عدم تواطئهم على الكذب عقلاً بسبب كثرتهم. والتواتر نوعان:

النوع الأول: التواتر اللفظي. وهو الحديث الذي اتفق رواته على نقله بلفظه ومعناه، ويمثلون لذلك في كتب السنة بقوله ﷺ «من كذب عليَّ متعمداً فليتبوأ مقعده من النار» وواضح أن هذا النوع من الأحديث قليل جداً فيما وصل إلينا من سنة رسول الله ﷺ، بل لقد أنكر بعض علماء الحديث «كابن الصلاح» التواتر اللفظي في سنة الرسول القولية.

النوع الثاني: التواتر المعنوي: وهو الحديث الذي اختلف الرواة في لفظه واتفقوا في معناه، فالألفاظ مختلفة والمضمون واحد، ومثال المتواتر المعنوي حديث رسول الله ﷺ «إنما الأعمال بالنيات»، وحديث رفع اليدين في الدعاء، ويكثر التواتر المعنوى في السنة الفعلية، لأن أفعاله ﷺ في الصلاة والصوم والمعاملات غالباً ما يراها عدد كبير من صحابته، لأنها التطبيق العملي للتكاليف الشرعية، فيكثر رواتها، ويغلب تحقق التواتر المعنوى فيها. وحتى يتحقق التواتر لا بد من توافر شروط ثلاثة.

الشرط الأول: أن يخبر الرواة عن علم لا ظن، قال الإمام «الغزالي» لو أن أهل بغداد أخبرونا عن طائر أنهم ظنوه حماماً، أو عن شخص أنهم ظنوه زيداً لم يحصل لنا العلم بكونه حماماً أو كونه زيداً.

الشرط الثاني: أن يكون علمهم ضرورياً، أي مستنداً إلى الحواس

والمشاهدة لا إلى استنباط وتدبر، فإخبارهم عن حدوث العالم أو قدمه لا يفيد العلم، لدخول الاحتمال فيه.

الشرط الثالث: كثرة الرواة بحيث يتعذر عقلاً تواطؤهم على الكذب. والضابط هنا هو ما حصل به العلم واليقين من أقوال الرواة، دون تحديد عدد مخصوص، وقد قرر العلماء أن الكثرة المطلوبة للتواتر، تنحصر في العصور الثلاثة الأولى، عصر الصحابة، وعصر التابعين، وعصر تابعي التابعين فقط، أما في العصور التالية فلا يطلب، لأن السنة بعد التدوين يسهل تواترها وانتشارها.

وحكم المتواتر بنوعيه أنه قطعي الثبوت عن النبي ﷺ، ويترتب على ذلك أمران:

الأول: أن الحديث المتواتر يفيد العلم الضروري، فهو لا يحتاج إلى بحث واجتهاد، كما نعلم بوجود القاهرة، وبيروت، ودمشق دون حاجة إلى نظر وتأمل.

الثاني: أن الحديث المتواتر يخرج منكره عن الملة، ويكفر جاحده، لأن الكفر لا يكون إلا في إنكار القطعيات، والحديث المتواتر قطعي الثبوت. ولهذا تثبت به العقائد.

ثانياً: خبر الآحاد: وهو الذي رواه عدد لا يبلغ حد التواتر حتى ولو كان الراوي واحداً، فإذا انفرد به راو في بعض طبقاته يسمى **فرداً** أو **غريباً**، وإن لم يقل عدد رواته عن اثنين في كل الطبقات يسمى **عزيزاً**، وإن لم يقل عدد رواته عن ثلاثة في كل الطبقات من عصر الصحابة سمي **مشهوراً** أو **مستفيضاً** وهذا تقسيم الشافعية وأهل الحديث لخبر الآحاد.

ب ـ تقسيم الأحناف:

علماء الأصناف عندهم تقسيم ثلاثي للسنة، فهي عندهم، السنة المتواترة، والسنة المشهورة، وخبر الآحاد.

أما السنة المتواترة عندهم فهي ذاتها عند الجمهور، والتواتر فيها

لفظي ومعنوي أيضاً، ولكن الأحناف يقسمون غير المتواتر إلى نوعين:

النوع الأول: السنة المشهورة:

وهي عند الأصناف ما لم تتواتر في عصر الصحابة، ثم تواترت في عصر التابعين وتابعيهم، فرواتها الأول آحاد لم يبلغوا حد التواتر، وبعد الطبقة الأولى تواتر الرواة. ومثالها قول الرسول ﷺ «نحن معاشر الأنبياء لا نورث» والسنة المشهورة عند الأحناف لا تفيد العلم اليقيني، فلا يكفر جاحدها، لأنها من حيث إفادة العلم تقع في مرحلة وسطى بين المتواترة والآحاد. فهي تفيد الظن القريب من اليقين أو ما يطلق عليه الأحناف علم الطمأنينة، والسنة المشهورة عند الأحناف تستوي مع المتواترة من حيث بيان الحكم القرآني، فهي تصلح لتخصيص العام، وتقييد المطلق.

فمن تخصيص عام القرآن بالسنة المتواترة عندهم قوله تعالى: **﴿يوصيكم الله في أولادكم للذكر مثل حظ الأنثيين﴾** حيث خصصوه بسنة مشهورة هي قوله ﷺ «لا يرث القاتل» فإذا كان نص القرآن عاماً يشمل غير القاتل والقاتل، فقد خصصته السنة فأصبح مقصوراً على غير القاتلين من الذرية.

ومن تقييد المطلق من القرآن بالسنة المشهورة قوله تعالى: **﴿من بعد وصية يوصي بها أو دين﴾** فقد قيدوا هذا النص المطلق بسنة مشهورة منع فيها الرسول ﷺ الوصية بأكثر من الثلث وقال «الثلث والثلث كثير».

النوع الثاني: خبر الآحاد:

خبر الآحاد هو القسم الثاني من السنة عند الجمهور، والثالث في تقسيم الأحناف، وقد اختلفت آراء المذاهب الفقهية في العمل بأخبار الآحاد، وهو خلاف له جذوره في موقف الصحابة رضوان الله عليهم من خبر الواحد، ولكنهم يتفقون في وجوب العمل بخبر الواحد متى غلب على الظن صدوره عن رسول الله ﷺ.

مذهب الأحناف

اشترط فقهاء الأصناف شروطاً ثلاثة للعلم بخبر الواحد هي:

الشرط الأول: ألا يعمل الراوي بخلاف ما رواه عن رسول الله ﷺ، وإلا فلا اعتبار لروايته أو فتواه، ووجهوا هذا الاشتراط بأن المفروض أن الراوي من الصحابة عدل فلا يترك ما رواه عن رسول الله ﷺ إلا بما صح عنده من حديث آخر ناسخ للأول، وإلا كان ذلك طعناً في عدالته.

ولذلك لم يعمل الأحناف بالحديث التي روته عائشة رضي الله عنها أن رسول الله ﷺ قال «أيما امرأة نكحت بلا إذن وليها فنكاحها باطل» لأنه ثبت عنها العمل بخلاف هذا الحديث. فزوجت بنت أخيها حفصة بنت عبد الرحمن بن أبي بكر حينما كان أبوها غائباً، ودون إذنه وهو وليها.

الشرط الثاني: ألا يرد الحديث في أمر واجب تعم به البلوى، لأن ما يكثر وقوعه بين الناس، يتناقله عدد كبير منهم، فروايته بطريق الآحاد يورث الشك في صحة نسبته إلى رسول الله ﷺ، لذلك رد الأحناف حديث الجهر بالتسمية في الصلاة الجهرية فإنه مما يكثر وقوعه، وقد ثبت عمل الخلفاء الراشدين بخلافه، مدة عمرهم والصحابة كانوا يصلون خلفهم ومثل هذا لا يخفى عليهم.

الشرط الثالث: ألا يكون الحديث يخالف القياس والأصول الشرعية إذا كان راوية غير فقيه، لأن الراوي إذا كان غير فقيه فقد يخطىء في فهم مراد الرسول، فإذا جاء ما رواه مخالفاً للقياس والأصول لا يعمل به.

مذهب المالكية: عمل أهل المدينة يُعَد من أصول المالكية المهمة، لذلك اشترطوا في خبر الواحد ألا يخالفه وإلا لا يعمل به، وحجتهم في ذلك أن أهل المدينة عاشوا مع رسول الله ﷺ، وشاهدوا أفعاله وتابعوه فيها، ونقلها عنهم من جاء بعدهم طبقة عن طبقة، فإذا جاء خبر الواحد مخالفاً لهذا العمل المتوارث كان ذلك دليلاً على عدم صحته، وهم بذلك يعتبرون عمل أهل المدينة بمنزلة الرواية، ويقدمون خبر الجماعة على خبر الواحد، وقد ردوا بذلك الحديث الذي رواه «ابن سعود» أن النبي ﷺ كان إذا أراد الخروج من الصلاة سلم سلامين أحدهما عن يمينه والآخر عن يساره، فإن «مالكاً» رضي الله عنه لم يأخذ إلا بسلام واحد في ختام الصلاة للخروج منها، لأن أهل المدينة كانوا يسلمون سلاماً واحداً. وأهل

المذاهب الأخرى يرون أن أهل المدينة غير معصومين فلا يكون عملهم حجة يترك به الحديث.

مذهب الشافعية:

لم يشترط «الشافعي» للعمل بخبر الواحد إلا صحة السند واتصاله، فإذا صح السند واتصل الحديث عمل به. ولشرط الاتصال لم يعمل الإمام «الشافعي» بالحديث المرسل، وهو الذي سقط من سنده الصحابي أي الراوي في الطبقة الأولى إلا إذا انضم إليه دليل آخر يقويه، ومن ثم عمل بمراسيل «سعيد بن المسيب» لأنه وجدها كلها مروية من طرق أخرى متصلة.

مذهب الحنابلة:

توسع الحنابلة في قبول خبر الواحد فلم يشترطوا إلا صحة السند، فمتى صح السند عملوا به متصلاً أو غير متصل، ومن ثم عملوا بالمراسيل وقدموها على القياس، فهو يوجب عندهم العلم والعمل، ووافقهم في ذلك الظاهرية.

مذهب الشيعة الإمامية:

يبدو أن الرأي الراجح عند الشيعة الإمامية هي العمل بآخبار الآحاد، خاصة عند المتأخرين منهم، ويكاد يتفق رأيهم مع رأي الجمهور فلا يأخذون بما اشترطه المالكية والأحناف.

ويرى البعض أن الشيعة الإمامية بما فيهم المتأخرون منهم لم يأخذوا برأي الجمهور في العمل بخبر الواحد مطلقاً، بل اشترطوا في العمل به شرطين:

الأول: التعدد: يشترط عند الإمامية تعدد رواة خبر الواحد حتى يجب العمل به، ويرى الشيخ «أبو زهرة» أن هذا هو رأي الإمام «علي» وهو ثابت عنه في كتب السنة وكتب الشيعة كما ذكره «الطوسي» في كتابه «عدة الأصول».

الثاني: أن خبر الواحد لا يكون حجة في العمل إلا إذا كان راويه من الطائفة المحقة، وهذا معناه أنهم لا يقبلون رواية الطوائف الأخرى.

ويبدو أن ما نقله البعض عن موقف الشيعة من أخبار الآحاد غير دقيق ومضطرب، فأخبار الآحاد حجة عند الشيعة الإمامية كما هي عند جمهور الفقهاء، ولا مشاحة في اختلاف الشروط بين مذهب ومذهب، أما القول بأنهم لا يأخذون بخبر الواحد إلا إذا كان راويه من الطائفة المحقة، فقد رده العلامة «محمد تقي الحكيم» وهو حجة في المذهب الإمامي وقال «ومن هنا اعتبر الشيعة الإمامية - خلافاً لما نقل عنهم -... أخبار مخالفيهم في العقيدة حجة إذا ثبت أنهم من الثقاة، وأسموا أخبارهم بالموثقات، وهي في الحجية كسائر الأخبار»[1].

مذهب الشيعة الزيدية:

لا يختلف مذهب الزيدية عن الجمهور في العمل بخبر الواحد، إلا أنهم يقتربون من الأحناف في اشتراطهم عدم عموم البلوى في خبر الواحد، ولم يشترط الزيدية أن يكون الراوي على مذهبهم، ولا أن يكون من آل البيت، إلا أنهم يقدمون رواية آل البيت إذا تعارضت مع غيرهم.

---

(١) الأصول العامة للفقه المقارن، مرجع سابق، ص ٢١٩.

المطلب الثالث

الإجماع

الإجماع من أهم المصادر الأصلية للفقه الإسلامي، ويأتي في المرتبة الثالثة بعد القرآن والسنة، ويعده رجال الفقه والقانون مصدراً خصباً لاستنباط الأحكام الشرعية وتطويرها، والدعوة اليوم إلى الفقه الجماعي ليست إلا محاولة عصرية لضبط منهج الفقيه حتى لا يسود الاضطراب في الفهم، والفوضى في التشريع.

١ ـ تعريف الإجماع:

الإجماع في اللغة يعني العزم والإحكام والتصميم، وقد يكون من الجماعة كما في قوله تعالى: ﴿**فأجمعوا أمركم ثم ائتوا صفاً**﴾ وقد يكون من الفرد كما في قول الرسول ﷺ «من لم يجمع الصيام من الليل فلا صيام له»، ويطلق في اللغة أيضاً على الاتفاق، يقال أجمع القوم على كذا أي اتفقوا عليه.

أما الإجماع في الاصطلاح الشرعي، فنفضل تعريف شيخنا العلامة «محمد مصطفى شلبي»، لأنه في اختياره وصياغته قدَّم تعريفاً محكماً للإجماع وهو: «اتفاق مجتهدي أمة محمد ﷺ بعد وفاته في عصر من العصور على حكم شرعي اجتهادي».

فليس من الإجماع إذن اتفاق بعض المجتهدين مع مخالفة غيرهم، ومن باب أولى ليس من الإجماع قول مجتهد واحد ـ خلافاً «للنظام» المعتزلي ـ، وليس من الإجماع الأصولي اتفاق المجتهدين حال حياته ﷺ، لأنه لا إجماع في عصر الرسول ﷺ فالقرآن والسنة وحدهما مصدر الأحكام في هذا العصر. وليس من الإجماع اتفاق غير المجتهدين لأن المقلد والعامي ليسا من أهل الاجتهاد، وليس من الإجماع اتفاق المجتهدين من

غير أمة محمد ﷺ، لأنه ليس حجة في شريعتنا. وقيِّد التعريف الإجماع بعد ذلك بقيدين هما:

الأول: اتفاق المجتهدين في عصر من العصور فحسب، لأن اشتراط اتفاق المجتهدين في كل العصور استحالة مادية تمنع قيام الإجماع في كل العصور.

الثاني: أن يكون الاجتهاد في المسائل الاجتهادية، لأن القطعي من النصوص لا مجال للاجتهاد فيه، فالقاعدة الشرعية لا اجتهاد مع النص القطعي.

فالإجماع المعتبر حجة هو إجماع كل مجتهدي الأمة، لأن العصمة التي هي أساس حجية الإجماع تتحقق في الكل لا الجزء، وهذا يقتضي النظر في اتفاق بعض مجتهدي الأمة وهل هو إجماع أم لا؟

أ ـ إجماع أهل المدينة:

يرى الإمام «مالك» أن اتفاق أهل المدينة من الصحابة والتابعين هو إجماع شرعي تقوم به الحجة وتُلزم به الأمة، وسنده في ذلك قول الرسول ﷺ «المدينة طيبة تنفي خبثها كما ينفي الكير خبث الحديد»، وسنده أيضاً أن العادة تقضي بأن هؤلاء، وهم أجلاء الصحابة والتابعين ـ لا يجتمعون إلا على دليل راجح.

والجواب أن الاجتماع على دليل راجح لا يختص بأهل المدينة، بل كما يكون فيهم يكون في غيرهم من المجتهدين، والحديث النبوي الشريف إنما يدل على فضل مدينة رسول الله، لا على قصر الاجتهاد على من بها، وقد قال البعض إن قول الإمام «مالك» محمول على أن روايتهم مقدمة على رواية غيرهم، وقيل محمولة على حجية إجماعهم في المنقولات المستمرة، كالآذان والإقامة دون غيرها.

ب ـ إجماع الخلفاء الراشدين:

قال به بعض العلماء ونسب إلى الإمام «أحمد»، وإجماع «أبي بكر» و«عمر» وحدهما قال به بعض العلماء أيضاً، واستدلوا على الأول بقوله

عليه الصلاة والسلام «عليكم بسنتي وسنة الخلفاء الراشدين من بعدي».

وعلى الثاني بقوله ﷺ «اقتدوا باللذين من بعدي أبي بكر وعمر».

والقول بهذا اللون من الإجماع لا يسنده دليل، لأن الحديثين يدلان على أن الخلفاء الأربعة أهل للاقتداء بهم، وليس فيهما دليل على قصر الاجتهاد عليهم مع وجود غيرهم من المجتهدين.

جـ ـ إجماع أهل البيت:

ويخصون به فاطمة وعلي والحسن والحسين رضي الله عنهم جميعاً، ويستدل الشيعة على ذلك بقوله تعالى: **﴿إنما يريد الله لنا ـب عنكم الرجس أهل البيت ويطهركم تطهيراً﴾** ويفسرون الـ ـ ـس بانه الخطأ في الاجتهاد، وبزوال الرجس تثبت الحجية، والحقيقة أن مدار الأمر كله فكرة العصمة، فإذا أثبتناها للأمة ـ وهو ثابتة بنصوص كثيرة ـ فإجماعها أولى بأن يكون هو الإجماع الأصولي[1]:

د ـ إجماع الصحابة:

يرى الظاهرية أن الإجماع مقصور على الصحابة، فإمكانه موقوت بعصرهم، وحجيته ليست لاتفاق غيرهم، وسندهم في ذلك أن الإجماع لا يكون إلا عند توقيف من رسول الله ﷺ، وصحابته هم الذين شهدوا ذلك دون غيرهم، فانحصر الإجماع فيهم وفي عصرهم، لأن العصمة من الخطأ كرامة يحتجون بها دون غيرهم من مجتهدي الأمة.

والذي يسنده الدليل أن أدلة حجية الإجماع وهو المفيدة لعصمة الأمة من الاتفاق على الخطأ جاءت عامة لا تخص عصراً دون عصر، فلا دليل على التخصيص ـ كما يقول بحق العلامة الشيخ محمد مصطفى شلبي ـ إلا ما قالوه: إنه لا إجماع إلا عن توقيف من رسول الله ﷺ، أي إعلام منه بالأحكام، وهو لا يفيد القصر على الصحابة، لأن غير

---

(١) راجع الدراسة المتعمقة للإجماع ومناقشته من زوايا مختلفة للعلامة محمد تقي الحكيم في كتابه «الأصول العامة للفقه المقارن» من ص ٢٥٥ ـ ٢٧٥.

الصحابة قد نقلت إليهم أحاديث رسول الله وعلموا بها فلا فرق بينهم من هذه الناحية.

٢ ـ حجية الإجماع:

اختلف الأقوال في حجية الإجماع، ويكفي أن نعرض رأي جمهور العلماء ومنهم الأئمة الأربعة، فهم يرون أن الإجماع حجة مطلقاً لا فرق بين عصر وعصر، وأدلتهم في ذلك الكتاب والسنة والإجماع.

أ ـ أدلتهم من الكتاب: منها قوله تعالى: **﴿ومن يشاقق الرسول من بعد ما تبين له الهدى ويتبع غير سبيل المؤمنين نوله ما تولى ونصله جهنم وساءت مصيرا﴾**.

فالآية فيها وعيد لمن اتبع غير سبيل المؤمنين، وضمه إلى مشاقة الرسول التي هي من أشد أنواع الكفر، فيكون اتباع غير سبيل المؤمنين محظوراً ومتي حظر وجب اتباع سبيل المؤمنين وهو الإجماع.

ومن الآيات الدالة على ذلك قوله تعالى: **﴿واعتصموا بحبل الله جميعاً ولا تفرقوا﴾** فالآية تفيد أن ما تتفق عليه الأمة حق لا يرد.

ب ـ أدلتهم من السنة: وهي كثيرة يأتي في مقدمتها قوله ﷺ **«لا تجتمع أمتي على ضلالة»** وهذا الحديث وإن كان من أخبار الآحاد، إلا أنه ورد بألفاظ مختلفة على ألسنة كثير من ثقات الصحابة مع اتفاق المعنى نحو قوله ﷺ «لا تزال طائفة من أمتي ظاهرين على الحق حتى تقوم الساعة» ومثل قوله «لا تجتمع أمتي على الخطأ» وقوله ﷺ «يد الله مع الجماعة ولا يبالي الله بشذوذ من شذ».

فهذه الأحاديث تدل على التواتر المعنوي الذي يفيد القطع بحجية الإجماع بناء على إثبات عصمة هذه الأمة.

جـ ـ أدلتهم من العقل:

الرسول خاتم النبيين وشريعته باقية إلى يوم الدين، وبقاء الشريعة بعد انقطاع الوحي يقتضي ضرورة عصمة الأمة، فإذا أجمع مجتهدوها على

حكم كان ما أجمعوا عليه كالمسموع من رسول الله ﷺ، والمسموع منه ﷺ موجب للعلم قطعاً، فما أجمعوا عليه يأخذ حكمه[1].

وخلاصة القول في حجية الإجماع ـ كما يقول بحق العلامة مصطفى شلبي ـ أن هذه الأدلة في مجموعها تفيد ثبوت عصمة الأمة من الخطأ، فإذا اتفق أهل الرأي في الشريعة ـ وهم لا يتفقون إلا عن دليل شرعي ـ كان اتفاقهم حجة يجب العمل بها لا فرق بين عصر وعصر، لأن الأحاديث مصرحة بلفظ الأمة وهو صادق على المؤمنين من الصحابة وعلى من جاء بعدهم، فمن قصر حجية الإجماع على إجماع الصحابة وقالوا إن الصحابة كانوا قليلين بالنسبة لغيرهم فيسهل معرفة آرائهم لأنهم كانوا مجتمعين في مكان واحد، ويمكن معرفة آراء الذين انتقلوا خارج المدينة، قلنا: إن هذا المعنى يفيد سهولة تحقق الإجماع في عصرهم لا أنه يقصر الحجية على إجماعهم لعموم الأدلة، فحجية الإجماع عامة متى تحقق، فلو فرضنا وسيلة في أي عصر لجمع المجتهدين أياً كان عددهم لتوقفنا على آرئهم فلا نمتنع عن القول بحجية ما اتفقوا عليه.

٣ ـ سند الإجماع:

لا بد للإجماع من سند شرعي وإن لم نطلع عليه، لأن الجرأة على الفتوى في أحكامه تعالى بدون دليل حرام لا يكون من المجتهدين.

وفائدة الأجماع تأتي من تعاضد الأدلة، فالمسألة الظنية بعد الإجماع تصبح قطعية، وتخرج بذلك من دائرة الخلاف، وهذا هو ما يسمى بأثر الإجماع في سنده.

فالجمهور على أنه لا يجوز الإجماع إلا على سند من دليل أو أمارة لأن عدم السند يستلزم الخطأ إذ الحكم في الدين بلا دليل خطأ، ويمتنع إجماع الأمة على الخطأ. ولا يعني البحث عن سند للإجماع أنه ليس دليلاً

---

(١) د. محمد مصطفى شلبي: أصول الفقه الإسلامي، دار النهضة العربية، بيروت ط ١٩٨٦، ص ١٦٨، وفيه دراسة متعمقة وهامة عن الإجماع.

أصلياً، بل الإجماع دون نظر في سنده يكفي لاستنباط الأحكام منه. وسند الإجماع إما الكتاب الكريم أو السنة النبوية وهذا محل اتفاق الفقهاء، ولكنهم اختلفوا في القياس هل يكون مستنداً أم لا؟ والأقوى أنه يصح بدليل أن الصحابة أجمعوا على صحة إمامة أبي بكر بقياسها على الصلاة، وأجمعوا على تحريم شحم الخنزير قياساً على لحمه.

أ ـ **الإجماع الذي سنده القرآن**: ومثاله إجماع العلماء على تحريم الزواج بالجدة مهما علت، وسواء أكانت من جهة الأب أو من جهة الأم، وسندهم قوله تعالى: **﴿حرمت عليكم أمهاتكم﴾** فالمراد بالأمهات في هذه الآية الأصول من النساء مهما علون، والجدة أصل كالأم.

ب ـ **الإجماع الذي سنده السنة**: ومثال إجماع الصحابة على إعطاء الجدة السدس في الميراث، وسندهم في ذلك ما رواه «المغيرة بن شعبة» أن النبي ﷺ أعطى الجدة السدس.

جـ ـ **الإجماع الذي سنده القياس**: وفيه خلاف بين الفقهاء، والجمهور يرى جواز ذلك، ومثاله إجماع الصحابة على إمامة أبي بكر قياساً على إمامته للصلاة، وإجماع الصحابة في عصر عمر بن الخطاب على جلد الشارب ثمانين جلدة قياساً على حد القذف.

د ـ الإجماع الذي سنده المصلحة:

وقد اختلف الفقهاء فيه، والأصح جوازه لأن وقائع التاريخ الفقهي في عصر الصحابة تؤكد وقوعه، فقد أجمعوا على جمع القرآن في مصحف واحد، وهو إجماع سنده المصلحة، إلا أن الإجماع القائم على المصلحة إجماع مؤقت، فإذا تغيرت المصلحة تغير الإجماع المستند إليها. واحتاج الأمر إلى إجماع جديد، ولا حرج في ذلك لأن الإجماع جائز في كل عصر في كل ما ليس فيه نص أو إجماع دائم.

٤ ـ أقسام الإجماع.

الإجماع نوعان، إجماع صريح يبدي فيه كل مجتهد رأيه ويعلنه،

وإجماع سكوتي أو ضمني حيث يكتفي المجتهد فيه بالصمت بعد أن يعلم بما حكم به الآخرون.

أ ـ الإجماع الصريح: ويكون باتفاق المجتهدين على حكم شرعي اجتهادي، سواء تم ذلك في مجلس واحد، أو بالتشاور عن بعد، ولا يتحقق إلا بإفصاح كل واحد منهم عند قبوله للحكم وموافقته عليه. ولا يهم بعد ذلك أن يعلنوا موقفهم فرادى أو مجتمعين طالما تم اتفاقهم على الحكم وصرّح الجميع بذلك الاتفاق.

ولا خلاف عند جمهور المسلمين في أن الإجماع الصريح حجة قطيعة في ثبوت الأحكام.

ب ـ الإجماع السكوتي: وصورته إعلان فتوى من أحد المجتهدين في مسألة اجتهادية عرفت أمامه، وعلم بها بقية المجتهدين فسكتوا ولم يعلنوا رفضها، فالسكوت هنا إقرار بالفتوى لأن المفروض في المجتهد العدالة، والعدالة تقتضي إعلان المخالفة متى وجدت دواعيها. فالسكوت هنا رضاء معتبر. والإجماع السكوتي حجة عند أكثر الحنفية والحنابلة بشرطين:

الأول: ضرورة إطلاع المجتهدين على الفتوى الجديدة وقائعها وأدلتها.

الثاني: مضى فترة تكفي للبحث والمراجعة حتى يمكن تفسير الصمت بأنه رضا، والسكوت بأنه موافقة، ولا يكون السكوت كذلك إلا إذا فهم المجتهد الأمر، وأمن من الجور. والمثبتون لحجية الإجماع السكوتي يختلفون في درجة حجيته.

فبعضهم يرى أن الإجماع السكوتي حجة قطعية، فمتى ثبت فهو كالإجماع الصريح سواء بسواء، والبعض الآخر يقولون بأنه حجة ظنية، لأن ثبوت الإجماع السكوتي أساسه رجحان احتمال الموافقة على المخالفة، وهو يورث الشبهة في دلالة الإجماع ومع الشبهة لا وجود للقطعية، فيترجح القول بأنه حجة ظنية.

٥ ـ هل يشترط انقراض العصر لحجية الإجماع؟

يرى جمهور الفقهاء أن الإجماع متى وجد في عصر من العصور، اكتسب الحجية وأفاد الإلزام، لأن اتفاق المجتهدين على حكم واقعة لا نص فيها يعطيها حكماً ثابتاً لا يجوز الرجوع عنه.

وقال الإمام «الشافعي» يشترط انقراض المجمعين لتحقق الإجماع، لاحتمال رجوع بعضهم عن إجماعه قبيل وفاته.

ورأي الجمهور أقرب إلى روح التشريع، وحاجات الفقه، ومنطق الاستنباط.

المبحث الثاني

الأدلة الفرعية

الأدلة الفرعية لا تستقل بذاتها في إثبات الحكم الشرعي، بل لا بد لها من إسناد في المصادر الأصلية، أو أصل من مقاصد الشريعة الكلية، فللكتاب والسنة والإجماع أولوية في إظهار الحكم، وأفضلية في مراتب الاستدلال فلا يلجأ الفقيه إلى المصادر الفرعية إلا حين لا تسعفه المصادر الأصلية.

والأدلة الفرعية هي القياس، والعرف، والإجماع.

المطلب الأول: القياس.

المطلب الثاني: العرف.

المطلب الثالث: المصلحة.

المطلب الأول

القياس

القياس دليل اجتهادي، يمتد في جذوره إلى عصر الوحي حتى كتب البعض مؤلفات مفردة عن أقيسة الرسول ﷺ، والقياس لون من الاجتهاد يثبت به العلماء أحكام الوقائع الجديدة، إذ أن الوقائع غير متناهية، والنصوص متناهية.

١ ـ تعريف القياس:

القياس في اللغة التقدير، يقال قست الثوب أي قدرته وعرفت أطواله، وعلماء اللغة فريقان أحدهما يثبت القياس باعتبار المناسبة بين معنى ومعنى، وثانيهما يعني القياس في اللغة لأن إثباتها بمجرد الاحتمال لا يجوز، وقال إن القياس الشرعي عليه دليل من الإجماع ولا دليل عليه في اللغة لأنه يقوم على المناسبة بين اللفظ والمعنى والأمران متغايران.

وله تعريفات متعددة عند الأصوليين، فقد عرفه «الآمدي» في كتابه «الإحكام في أصول الأحكام» بقوله «استواء بين الفرع والأصل في العلة المستنبطة من حكم الأصل»، وعرفه «البيضاوي» في «المنهاج» بأنه إثبات مثل حكم معلوم في معلوم آخر لاشتراكهما في علة الحكم عند المثبت».

ولعل أوضح تعريف للقياس هو «تعدية الحكم من الأصل إلى الفرع بعلة متحدة لا تدرك بمجرد فهم اللغة»[١].

ومثاله قياس النبيذ على الخمر في تحريم شربه للإسكار: فالخمر هو الأصل المقيس عليه، والنبيذ هو الفرع المقيس، وحكم الأصل هو

---

(١) د. محمد سعاد جلال: في التعريف بعلم أصول الفقه والفقه، بدون تاريخ ص ٧١.

التحريم، والوصف الجامع بينهما هو الإسكار، وأما حكم الفرع وهو تحريم النبيذ فجاء ثمرة للقياس ونتيجة له. والقياس في حقيقته ليس إلا مجموع هذه العمليات الذهنية التي يمارسها الفقيه عند استنباطه للأحكام الشرعية. والتعدية ليست إلا إثبات مثل حكم الأصل للفرع، لأن حكم الأصل لا ينتقل وإلا بقي الأصل بغير حكم وهذا تعطيل لا يملكه الفقيه، ولكنه يثبت للفرع حكماً مماثلاً من كل الوجوه لحكم الأصل لا يفترق إلا في التشخيص بالمحل.

والعلة التي هي أساس إثبات حكم الأصل للفرع ولا تدرك بمجرد فهم اللغة، وذلك أن العلة ـ كما يقول البعض تنقسم إلى نوعين:

الأولى: علة تفهم بمجرد فهم اللغة، بحيث أن كل من يفهم دلالات أساليب اللغة يفهمها من غير معاناة وتأمل، كما يفهم العارف باللغة المعاني من الألفاظ الموضوعة لها، ومثال ذلك قوله تعالى: **﴿ولا تقل لهما أف﴾** فإن هذا النص دال على تحريم التأفيف من الولد لأبويه، ويفهم منه كل عارف باللغة أيضاً تحريم ضربهما وتجويعهما من غير جهد ولا بحث، لأنه يفهم من النص بداهة أن العلة في تحريم التأفيف هي كونه أذى لا لخصوصه فتطرد هذه العلة في كل عمل يؤذي الأبوين، ويترتب عليها الحكم بتحريمه ويسمى العمل بهذه العلة «دلالة النص» أو «فحوى الخطاب» وهي تقع في مراتب الاستدلال بعين النص، فهي دون «النص» وفوق «القياس» في إفادة الأحكام الشرعية.

الثانية: علة من نوع آخر، وهي المخصوصة بباب القياس، وهي التي لا تدرك إلى بعد تأمل ذهني وبحث عقلي، ومثالها علة الإسكار في تحريم الخمر فهي لم تستفد من مجرد الإدراك اللغوي، ولكنها تأتي من التأمل العميق، حيث يؤدي شرب الخمر إلى التنازع والعداوة، والصد عن ذكر الله وعن الصلاة، ولا يكون ذلك إلا لما فيه من غياب العقل، وتلاشي القدرة الضابطة في الذهن، فتحررت بذلك «العلة» وأظهرها التأمل الواعي والتدبر العميق.

٢ ـ أركان القياس:

للقياس أركان أربعة هي:

أ ـ المقيس عليه، وهو الواقعة التي لها حكم منصوص عليه وتسمى الأصل.

ب ـ المقيس: وهو الواقعة الطارئة التي يبحث لها الفقيه عن حكم ويريد إلحاقها بالأصل في الحكم وتسمى الفرع.

جـ ـ الحكم: وهو ما ثبت للأصل بدليل أعلى مرتبة من القياس: أي ما ثبت في النص من حكم للمقيس عليه.

د ـ العلة: وهي الوصف الجامع بين الأصل والفرع، وهو ما بني عليه الحكم في الأصل، وتيقن المجتهد أو ظن تحققه في الفرع.

والمثال التوضيحي في قوله ﷺ «لا يرث القاتل» فقتل الوارث مورثه أصل أعطى بالنص حكم الحرمان من الإرث لعلة هي إزهاق روح المورث، واستعجاله الشيء قبل أوانه الذي حدده الشارع، وقتل الموصي من قبل الموصى له فرع «مقيس» تحققت فيه علة الأصل، فيمكن إثبات الحكم المماثل له عن طريق القياس، فيحرم الموصى له من الوصية إذا أزهق روح الموصي قياساً.

٣ ـ شروط القياس:

وحتى يتحقق القياس الشرعي، وتثبت له الحجية فلا بد من توافر شروط عدة في الأصل والفرع والعلة.

أ ـ الشروط الواجب تحققها في الأصل:

ينبغي أن تتوافر في الأصل عدة شروط:

الأول: من شروط حكم الأصل أن يكون شرعياً لأن الفرض من القياس إثبات الأحكام الشرعية، فلا يكون في الأمور العقلية ولا اللغوية.

الثاني: أن لا يكون حكم الأصل منسوخاً، لأن النسخ يرفع الحكم

الشرعي فلا يصح أن يبنى عليه غيره.

الثالث: أن لا يكون ثابتاً بالكتاب والسنة والإجماع أي بالأدلة الأعلى، لأن العلة الخاصة بين القياسين إن كانت واحدة كان ذكر القياس الثاني تطويلاً، بلا فائدة، وإن اختلفت العلة لم يصح القياس الثاني.

الرابع: أن لا يكون دليل حكم الأصل شاملاً لحكم الفرع، لأن الحكم هنا يثبت بالنص عيناً أو دلالة ولا محل لإعمال القياس.

الخامس: ألا يكون معدولاً به عن سنن القياس، وذلك كخصوصياته ﷺ، وكعدد الركعات وأنضباء الزكاة.

ب ـ الشروط الواجب توفرها في الفرع:

ينبغي أن تتوافر في الفرع عدة شروط:

الأول: أن تكون علته مشاركة لعلة الأصل إما في عينها وإما في جنسها، ومثال العلة المتحققة بعينها قياس النبيذ على الخمر، فالعلة هنا هي الإسكار، وهي متحققة بعينها في الأصل والفرع، ومثال العلة المتحققة بجنسها، قياس القصاص في الأطراف على القياس في النفس بجامع الجناية المشتركة بين القتل والقطع، فإن المحقق هو جنس القصاص لا عينه.

الثاني: أن يكون حكمه مساوياً لحكم الأصل في عينه أو جنسه، كقياس القصاص في القتل بالخنق على القتل بالآلة فإن القصاص متحقق بعينه فيهما، وكقياس إثبات الولاية على الصغيرة في تزويجها على إثباتها في مالها، فإن المشترك بينهما هو جنس الولاية لا عينها.

جـ ـ الشروط الواجب توافرها في العلة:

وينبغي أن تتوافر في العلة التي هي أساس القياس عدة شروط:

الأول: أن تكون وصفاً ظاهراً، فإن لم تكن ظاهرة لا تعتبر علة في القياس الشرعي، ومثالها الرضا في العقود كالبيع والإجارة والزواج فإنه خفي لا يعرف، ولذلك كانت العلة في صحة تلك العقود الصيغ الشرعية من الإيجاب والقبول.

الثاني: لا بد من ثبوت العلة بطريق من الطرق التي اعتبرها الشارع وتسمى «مسالك العلة» كالنص عليها أو الإشارة لها، كما في قوله تعالى: **﴿والسارق والسارقة فاقطعوا أيديهما﴾** فإن اقتران الحكم بالفاء يدل على أن السرقة هي علة القطع، وكإجماع العلماء على اعتبارها مثل إجماعهم على أن الصغر علة في ثبوت الولاية على الصغير في ماله فيقاس عليها الولاية في تزويجه.

٤ ـ أقسام القياس:

هناك عدة اعتبارات ينقسم بها القياسُ، ولكل منها وجه وأساس:

أ ـ ينقسم القياس باعتبار قوته إلى نوعين:

الأول: القياس الجلي، وهو ما قطع فيه بنفي الفارق بين الأصل الفرع، ومثاله قياس الأمة على العبد في أحكام العتق فإن الذكورة والأنوثة لا تأثير لهما في هذه الأحكام.

الثاني: القياس الخفي، وهو ما يكون نفي الفارق فيه مظنوناً كقياس النبيذ على الخمر في التحريم، فإنه يجوز أن تكون خصوصية الخمر معتبرة في العلة.

ب ـ وينقسم القياس باعتبار العلة إلى ثلاثة أنواع:

الأول: قياس علة، وهو ما صرح فيه بالعلة، كأن يقال النبيذ مسكر فيحرم كالخمر.

الثاني: قياس دلالة، وفيه لا تذكر العلة بل يذكر وصف ملازم لها كما لو علل في القياس المذكور عن النبيذ باشتداد رائحته فإنها تلازم الإسكار.

الثالث: قياس في معنى الأصل، ويكون بنفي الفارق بين الأصل والفرع، ومثاله قصة الأعرابي الذي أخبر الرسول ﷺ بأنه أفضى إلى امرأته في نهار رمضان، فأمره ﷺ بالكفارة، فيقاس الرومي والفارسي على الأعرابي بأنه لا فارق بينهما في التكاليف الشرعية.

وهذا اللون من القياس يكاد يكون ظاهرياً.

وإلغاء الأوصاف التي لا تؤثر في الحكم يطلق عليه الأصوليون اسم «تخريج المناط» مثل إلغاء كونه أعرابياً في المثال السابق وكون المرأة زوجته.

وأما البحث عن علة الحكم فقد أطلق عليه الأصوليون اسم «تنقيح المناط».

٥ ـ حجية القياس:

اختلف العلماء في القياس، فكثرة منهم أثبتوا القياس، واعتبروه من أدلة الأحكام، وجعلوه حجة شرعية. وقلة من العلماء أنكرت القياس، وإنكار وجوده إنكار لحجيته من باب أولى:

أ ـ المنكرون للقياس:

قلة من الفقهاء هم الذين أنكروا القياس، من أشهرهم «إبراهيم بن سيار النظام» المتكلم المعتزلي، ومؤسس المذهب الظاهري «داوود بن علي»، وشيخ الظاهرية «ابن حزم» الأندلسي واستدلوا لذلك بدلائل عدة:

الأول: أن الدين قد كمل في وقت رسول الله ﷺ، وأنه عليه السلام قد بين الشريعة، وترك أمته على المحجة البيضاء، خاصة وأن كتاب الله تبيان لكل شيء، فلا حاجة إذن للقياس.

الثاني: أن الشارع فرّق في النصوص الشرعية بين المتماثلات، وجمع بين المختلفات، وأثبت أحكاماً لا مجال للعقل فيها، وهو بذلك أبطل القياس.

الثالث: ما ورد من ذم الصحابة ـ رضوان الله عليهم ـ للرأي والعمل به والقياس هو الرأي، فإجماع الصحابة على ذمه إنكار له.

الرابع: أن القياس اتباع للظن، والظن تخمين لا تثبت به الأحكام الشرعية.

ولا نرى في هذه الأدلة ما يقوى على إنكار القياس ونفي حجيته، خاصة وأن خلود الشريعة يقتضيه، وتاريخ التشريع الإسلامي يثبته. والقياس بشروطه عند جمهور الفقهاء ليس إلا إعمالاً للنص، من خلال معرفة علل الأحكام ومقاصد الشريعة.

ب ـ المثبتون للقياس:

وهم جمهور الفقهاء ويسندون موقفهم بأدلة من الكتاب والسنة، والإجماع والمعقول:

أما الكتاب: فلقوله تعالى: **﴿فاعتبروا يا أولي الأبصار﴾** والآية وإن جاءت على سبيل الوعظ والتذكير، إلا أنها تنطبق على القياس أيضاً ون فيه معنى من معاني الاعتبار، ويرى البعض أن في نصوص القرآن نصوصاً يتضح فيها استخدام القياس طريقاً من طرق الاستدلال على فكرة يراد إيضاحها، وإثبات معناها من ذلك قول الله تعالى في شأن اليهود: **﴿مثل الذين حُمّلوا التوراة ثم لم يحملوها كمثل الحمار يحمل أسفاراً، بئس مثل القوم الذين كذبوا بآيات الله﴾**.

فالفكرة المراد إيضاحها وإثبات معناها، أن الرسالة السماوية لا يغطف ثمارها الخيرة من لا يعملون بها، وأن العلم بلا عمل لا ينفع صاحبه، وقد استدل على ذلك بقياس من هذه حالهم، على ذلك الحيوان الأعجم «الحمار» الذي يحمل كتباً لا يدري ما فيها، ولا يعرف مضمونها ومحتواها.

فاستخدام القياس في القرآن، يهدينا إلا أنه صالح لأن يكون حجتنا في التعرف على ما لم يرد فيه نص من الأحكام. والآية في نظرنا لا تثبت القياس، لأن التفسير البياني يجعل ما ورد فيها من باب التشبيه لا القياس.

أما السنة: فلأن فيها كثيراً من الأحاديث التي تقوم على فكرة القياس حتى كتب القدامى مؤلفاً في «أقيسة الرسول ﷺ»، ومن ذلك إجابة الرسول ﷺ عندما سئل عن الهرة فقال: «إنها ليست بنجس، إنها من الطوافين عليكم والطوافات» وهو تعبير يفيد استظهار العلة للحكم بعدم النجاسة.

ومنها ما روي عنه عليه السلام لما سألته الجارية وقالت: «يا رسول الله إن أبي أدركته فريضة الحج شيخاً زمناً لا يستطيع أن يحج: إن حججت عنه أينفعه ذلك؟ فقال لها: أرأيت لو كان على أبيك دين فقضيته أكان ينفعه ذلك؟ قالت نعم قال فدين الله أحق بالقضاء.

فألحق الرسول ﷺ دين الله بدين الآدمي وهذا هو عين القياس.

وأما الإجماع: فلأن الصحابة رضوان الله عليهم اتفقوا على استعمال القياس في الوقائع التي لا نص فيها من غير نكير منهم ـ على الرغم من اختلافهم في بعض الأقيسة ـ من ذلك قياسهم صحة خلافة «أبي بكر» رضي الله عنه على إمامته في الصلاة، وفي حياة الصحابة أقيسة كثيرة تدل على إجماعهم عليها باعتبارها دليلاً تؤخذ منه الأحكام الشرعية، وحجة توجب العمل بمقتضاه.

وأما المعقول: فلأن العقل ـ وهو أعدل الأشياء قسمة بين البشر ـ يقضي بالتسوية بين المتماثلين في الحكم، وينكر أن يكون هناك مثلان، ويأخذ كل منهما حكماً يخالف الآخر، كما لا يرى التسوية بين المختلفين في الحكم، ولا يراه مقبولاً في ميزان المنطق الصحيح. والقرآن الكريم يؤكد على قانون التساوي والمماثلة من ذلك قوله تعالى: **﴿وإن عاقبتم فعاقبوا بمثل ما عوقبتم به﴾** وقوله تعالى: **﴿أفلم يسيروا في الأرض فينظروا كيف كان عاقبة الذين من قبلهم دمّر الله عليهم وللكافرين أمثالها﴾** ومنها قوله تعالى: **﴿هل يستوي الذين يعلمون والذين لا يعلمون﴾** والآيات في ذلك كثيرة.

وأدلة الجمهور كافية لإثبات حجية القياس، ولا طريق لإنكاره جملة عند منكريه، فأحداث في عصر الرسالة وعصر الصحابة يدحض أدلتهم، لأن الفقهاء ـ كما يقول «المزني» تلميذ «الشافعي» ـ من عهد رسول الله ﷺ إلى يومنا هذا، استعملوا المقاييس في جميع الأحكام في أمر دينهم، وأجمعوا على أن نظير الحق حق، ونظير الباطل باطل، فلا يجوز لأحد إنكار القياس. وقد نسب العلامة «الحلي» إلى الإمامية أنهم ينفون حجية القياس، وتوسعوا في دلالة النص فقالوا إن إلحاق المسكوت عنه بالمنطوق

ليس من باب القياس، والحكم المنصوص على علته متعد. إلى كل ما علم ثبوت تلك العلة فيه بالنص لا بالقياس، والحقيقة أن هذا الرأي يقول بالقياس دون تسميته قياساً. وينفي العلامة «محمد تقي الحكيم» نسبة إنكار حجية القياس إلى الشيعة الإمامية ويقول «ربما وجد ذلك في بعض الكتب لأصول الشيعة كرأي لصاحب الكتاب، فاعتبر رأي مذهبه بأجمعه، ومن الخطأ نسبة رأي إلى مجموع الشيعة لمجرد العثور على ذهاب مجتهد من مجتهديهم إليه»[(١)]

٦ ـ ما يجري فيه القياس:

اختلف الفقهاء حول ما يجري فيه القياس، وبعض هذا الخلاف جرى حول القياس غير الشرعي، كالقياس في العقليات الذي أثبته أكثر المتكلمين وسموه إلحاق الغائب بالشاهد، والقياس في اللغات وقد نفاه أكثر اللغويين والأصوليين، حيث لا يجري القياس في أحكام اللغة كرفع الفاعل ونصب المفعول وأن ذلك ثابت بالاستقراء ولا علة له. والذي يهمنا ما يجري فيه القياس الشرعي وقد اختلف الفقهاء والأصوليون في الحدود والكفارات، والمقدرات والرخص هل يجري فيها القياس أم لا؟ وانقسموا إلى فريقين:

أ ـ الفريق الأول: يضم «الشافعي» وكثير من أصحابه والإمام «أحمد» ومعظم أصحابه، و«الباجي» من المالكية ومن وافقهم، وهؤلاء يرون جواز القياس في هذه الأربعة، معتمدين على عموم الأدلة المثبتة لحجية القياس، ولا فرق فيها بين الحدود والكفارات، والمقدرات والرخص وبين غيرها من الأمور الشرعية.

ب ـ الفريق الثاني: وقال به الأحناف ومن وافقهم، ويقولون بعدم جريان القياس في هذه الأربعة، واستدلوا على ذلك بما يلي:

أما الحدود، فقالوا إنها تندرىء بالشبهات، فلا تثبت بدليل فيه شبهة والقياس دليل فيه شبهة.

---

(١) الأصول العامة للفقه المقارن، مرجع سابق ص ٣٢٢.

وقد رد «الشافعي» عليهم بقوله إن الحدود تندرىء بالشبهات التي هي شبهة الفعل أو شبهة المحل لا شبهة الدليل والشبهة في القياس شبهة دليل، ثم إن كلام الأحناف منقوض بكثرة أقيستهم في مجال الحدود.

أما في الكفارات، فقالوا بمنع جريان القياس فيها باعتبار أنها ضرر لأنها إتلاف للأموال وإيلام للنفس بالصوم، والدليل ينفي الضرر، والقياس لا يكون مع النفي.

ويرد عليهم «الشافعي» ومن تابعه بأن الدليل ينفي الضرر المحض وهذا ضرر مشوب بنفع لأن الكفارات من الزواجر ولهذا قالوا إنها عبادة فيها معنى العقوبة، ثم قولهم منقوض أيضاً باستعمالهم القياس في الكفارات.

أما في المقدرات: فقالوا إنها أمور لا يهتدي العقل إلى إدراكها فلا يجري فيها القياس، وقد ردهم الشافعية أيضاً وقالوا إننا نجوز القياس الذي توافرت شروطه وأركانه.

أما في الرخص: كقصر الصلاة، والإفطار في رمضان للمريض والمسافر، فلا تتعدى مواردها بل يقتصر فيها على مورد النفي فلا يدخلها القياس، وقد رد «الشافعي» بأن قولهم مردود عليهم، فأكثر استعمال الأحناف للقياس كان في الرخص.

المطلب الثاني

العرف

العرف واقع اجتماعي يعيشه الناس، فتكرار الفعل من جانب، وذم تاركيه من جانب آخر، يعطي هذا الأمر حضوراً يدعمه الجزاء، ومشروعية يستمدها من القبول العام.

والعرف من المصادر الفرعية التي لا تبدأ في العمل إلا حين تعوزنا المصادر الأصلية، وقد أخطأ البعض[1] فاعتبر العرف مصدراً ثالثاً للتشريع في عصر الوحي بعد الكتاب والسنة، والحقيقة ـ كما يقول العلامة «محمد تقي الحكيم» ـ أن الشارع لم يراع العرف بما أنه عرف، وإنما وافقت أحكامه بعض ما عند العرف فأبرزها بطريق الإقرار، ولذلك اعتبرنا إقراره سنة، وفرق بين أن يقر حكماً لدى أهل العرف لموافقته لأحكامه، وبين أن يعتبر نفس العرف أصلاً يرجع إليه في الكشف عن الأحكام الواقعية، فما أقره الرسول من العرف يعد من السنة وليس أصلاً يقف إلى جوارها في عصر النبوة.

١ ـ تعريف العرف:

وردت كلمة العرف في معاجم اللغة بمعان كثيرة، وأقربها إلى المعنى الفقهي ما في معانيها اللغوية من الجود وهي ضد النكُر، قال تعالى: ﴿وأمرْ بالعرف﴾ وقال «الزمخشري» أن العرف هو المعروف والجميل من الأعمال.

والعرف في اصطلاح الفقهاء يرادف العادة، وقد عرفه «الجرجاني»

(١) د. علي حسن عبد القادر: نظرة عامة في تاريخ الفقه الإسلامي، القاهرة سنة ١٩٤٢ ص ٥١.

بقوله «العرف ما استقرت النفوس عليه بشهادة العقول، وتلقته الطبائع بالقبول»، ولعله يقصد العرف الصحيح، لأن العرف الفاسد لا تشهد له العقول السليمة حتى لو تلقته الطبائع بالقبول، ولعله يقصد الفطرة وهي من حيث أصل الخلق بريئة من الفساد. والعرف بهذا المعنى له ركنان:

الأول: التكرار والإطراد، ويشير إلى ذلك «السيوطي» بقوله «إنما تعتبر العادة إذا اطردت فإن اضطربت فلا» أي أن حدوثها مرة وغيابها مرات ينفي كونها عادة وعرفاً فلا بد من الاستمرار، أي لا بد من عنصر زمني تتكون فيه حتى تصبح عرفاً، فالمعاودة هي التي جعلت الأمر المتكرر حقيقة عرفية.

الثاني: الشعور بالإلزام: وهو ما يشير إليه قول «ابن نجيم» تعتبر العادة إذا اطردت أو غلبت» والغلبة هنا تعبير عن الشعور بالزاميتها، واستنكار مخالفتها.

٢ ـ أقسام العرف:

ينقسم العرف باعتبارات مختلفة إلى ثلاثة[١] تقسيمات.

أ ـ ينقسم العرف باعتبار مظهره إلى نوعين:

الأول: العرف القولي: ويكون باستعمال لفظ في معنى معين لا تقول به اللغة واعتياد ذلك الاستعمال، كإطلاق لفظ الولد على الذكر دون الأنثى، وإطلاق لفظ اللحم على غير السمك مع أن القرآن الكريم وصف السمك بأنه لحم طري.

الثاني: العرف العملي: وهو ما يعتاده الناس في أساليب معاشهم وأنماط معاملاتهم وأحوالهم الشخصية، كتعارف أهل بلدة على مهر معجل ومهر مؤجل، وعاداتهم في الخطبة وإعلان الزواج، وعاداتهم في دفع

(١) يضيف الأستاذ الشيخ أحمد فهمي أبو سنة في رسالته «العرف والعادة في رأي الفقهاء» تقسيماً آخر باعتبار المعنى اللغوي إلى مقرر له وقاض عليه، راجع الرسالة ط ٢ ص ٢٥.

الأجرة مقدماً في المساكن المستأجرة سواء كانت بيوتاً خاصة أو فنادق عامة.

ب ـ وينقسم العرف باعتباره مصدره إلى ثلاثة أنواع:

الأول: العرف العام: وهو ما تعارفه الناس في بلد معين على اختلاف أعمارهم وفئاتهم وأعمالهم، كتعارفهم على الحج السياحي مثلاً.

الثاني: العرف الخاص: وهو ما يعتاده أهل بلد دون بلد وأهل حرفة دون حرفة، فيعتاد أهل بلد ملابس معينة في المناسبات، ويعتاد أهل حرفة على يوم معين يكون إجازة لهم.

الثالث: العرف الشرعي: وهو اللفظ الذي استعمله الشارع مريداً به معنى خاصاً، مثل الصلاة فقد نقلت من الدعاء إلى الصلاة ومن الصيام من مطلق الإمساك إلى إمساك خاص وهكذا في كثير من المنقولات الشرعية.

جـ ـ وينقسم باعتبار مشروعيته إلى نوعين:

الأول: العرف الصحيح: ما تعارف عليه الناس ولا يعارض دليلاً شرعياً، أو يخالف حكماً إسلامياً، كاتفاقهم على أساليب دفع الأجرة، وطريقة اقتضاء المهر ـ الخ.

الثاني: العرف الفاسد، وهو المعارض للنصوص المناقض لقواعد الشريعة، كاعتياد شرب الخمر والتعامل بالربا، وعادات الملبس المخالف للشرع، والمشاهدة لما لا يباح.

وقد اتفق الفقهاء على استبعاد العرف الفاسد، فليس هو العرف المعتبر من مصادر الفقه الإسلامي، ولا يعتد به دليلاً في استنباط الأحكام، ويعتد بعد ذلك بالأعراف الصحيحة كلها، القولي والعملي، والعام والخاص، وقد قال البعض بضرورة أن يكون العرف عاماً حتى يصبح دليلاً شرعياً، وخالفهم البعض الآخر وأفتوا باعتبار العرف الخاص دليلاً ومخصصاً، ولذلك قالوا بجواز كثير من المعاملات بناء على العرف المحلي.

ويبدو ـ كما قال البعض بحق ـ أن الخلاف لفظي، لأن من اشترط العموم في العرف أراد بذلك الأحكام العامة التي تبنى على العرف، ومن لم يشترط العموم فقد نظر إلى الأحكام الخاصة التي تبنى على الأعراف المحلية، ومعرفة هذه الأعراف من شروط المجتهد، إذ لا بد من معرفة عادات الناس، فكثير من الأحكام تختلف باختلاف الزمان لتغير عرف أهله. ولو بقي الحكم على ما كان عليه ـ كما يقول «ابن عابدين» ـ للزم منه المشقة والضرر بالناس، ولخالف قواعد الشريعة المبنية على التخفيف والتيسير ودفع الحرج والفساد لبقاء العالم على أتم نظام وأحسن إحكام.

٣ ـ شروط اعتبار العرف:

لا توجد الحقيقة الشرعية للعرف، ولا يعتد به دليلاً في الأحكام إلا إذا توافرت فيه شروط هي:

أ ـ **أن يوافق النصوص الشرعية**: فإذا جاء العرف مخالفاً للنصوص، مناقضاً للقواعد الشرعية، فقد خرج عن حقيقته الشرعية. باعتبار فساده الذي يرتد على أصل وجوده الشرعي فيلغيه. يقول الإمام «السرخسي» في كتابه «المبسوط» «كل عرف ورد النص بخلافه فهو غير معتبر» فالمخالفات الشرعية التي نراها أمامنا كل يوم من عادات ومعاملات مهما استقرت لن تكون دليلاً شرعياً، ولن تقف أمام تحريم جاء به النص. هذا إذا كان العرف مخالفاً للنص من كل وجه، «أما إذا خالفه في وجه دون آخر فيمكن أن يعتبر حينئذ مخصصاً له ويعمل بالنص والعرف معاً، كعقد الاستصناع مثلاً فقد جاء النص بتحريم بيع المعدوم، فالشارع نهى أن يبيع الإنسان ما ليس عنده، ولكن الناس تعارفوا على عقد الاستصناع وجرى التعامل به فأجازه الفقهاء وأبقوا للنص حكمه فيما عدا عقد الاستصناع، أي أن العرف لم يلغ النص ولكنه خصصه في هذا الموضوع بالذات وأبقى الحكم لكل بيع معدوم سواه»[(١)].

---

(١) د. محمد عبد الرحمن الصابوني: أصول الفقه الإسلامي، دمشق ط ٢ ١٩٦٦، ص ٤٤٤.

فالنص هنا أعمل في المجال العام، والعُرف أعمل في ميدان خاص، من باب تخصيص العام. فالعرف الذي يخالف النص من جميع الوجوه هو عرف فاسد، أو هو في الواقع ليس حقيقة شرعية، ولا عبرة له كما لو تعارف الناس على تناول المحرمات، ورؤية المنكر، والتعامل في الممنوع، فالمحرم ـ كما يقول «ابن عابدين»[1] ـ مهما شاع استعماله وتعارفه الناس لا يعتبر دليلاً بل يُرد لأن النص صريح بتحريمه والنص أقوى من العرف في جميع الأحوال.

ب ـ أن يكون سابقاً أو مقارناً للعقد أو التصرف:

لأن العرف دليل وهو يسبق مدلوله أسبقية عقلية وشرعية، بل إن الدليل المقارن للعرف له أولوية عقلية باعتبار كونه دليلاً حتى تؤخذ منه الأحكام التفصيلية، ولأن العرف ينطوي على أحكام وإلزام، ولا إلزام قبل الإعلام بالأحكام، فالدليل لا رجعية لما يأتي به، والأعراف الطارئة لا تسري على الوقائع الماضية إنما تحكم الوقائع الجديدة أو في القليل المقارنة للعرف، وأهمية هذا التحليل تأتي عند تفسير العقود والوصايا وغيرها فلا بد من تفسيرها في ضوء الأعراف القائمة زمن صدورها، وليس في ضوء أعراف طارئة قد لا تكون معروفة لدى من أنشأوا هذه التصرفات، مثل ذلك لو أوقف رجل مالاً لصالح العلماء، فلا بد من تفسير أوقافه في ضوء معنى كلمة عالم في زمنه والتي قد لا تشمل إلا الفقيه أي المجتهد في الأحكام الشرعية، ولا تنصرف إلى العالم بمعناه اليوم والتي تطلق في الغالب الأعم على علماء الطبيعة والذرة والفضاء.

إن كل عقد يفسر في ضوء لغة عصره، وما تعارف عليه أهله من معاني للألفاظ وحدود للتصرفات، ومن القواعد الشرعية أن «استعمال الناس حجة يجب العمل به» وعلى ضوء ذلك تفسر إرادة المتعاقدين، لأن الحقيقة اللغوية تترك بدلالة الاستعمال والعادة. وهذا له أثره على الأحكام الشرعية، فلو حلف إنسان ألا يجلس على الفراش أو لا يستضيء بالسراج،

(١) رسائل ابن عابدين، بيروت ج ٢، ص ١٧٧.

لم يحنث بجلوسه على الأرض ولا بالاستفادة بالشمس مع أن الله سمى الأرض فراشاً وبساطاً وسمى الشمس سراجاً، ولو حلف ألا يأكل اللحم لم يحنث بأكل السمك وإن سماه الله لحماً في القرآن.

جـ ـ ألا يخالف العرف شرط المتعاقدين:

وهذا الشرط مقّيد بألا يتفق المتعاقدان على مخالفة الشرع، لأنها باطلة كدليل، فتبطل من باب أولى كاتفاق، وأساس هذا العقد أن العرف يكمل إرادة المتعاقدين، فإذا صرحا بخلافه وجب إعمال ما صرحا به، لا ما جرى عليه العرف في التعامل.

فلو أن الأصل في سلعة أن تباع بالتقسيط لجريان العرف بذلك، واتفق العاقدان على البيع العاجل، فالاتفاق ملزم لأن الشرط أقوى من العرف. لأن العرف أضعف دلالة من اللفظ عند التعارض. وهذا الشرط أقرب إلى قواعد التفسير، تلزم به نظرية الشروط المقترنة بالعقد، يقول «ابن عبد السلام» في كتابه «قواعد الأحكام» «كل ما ثبت في العرف إذا صرح المتعاقدان بخلافه بما يوافق مقصود الشرع صح، وكذلك القرينة العرفية بأن أقامت المرأة عند التنازع في الجهاز بينة على ما هو من خصائص الرجال، أو أقام الرجل بينة على ما هو من خصائص النساء فإنه يقضي بها وتقدم على العرف لأن البينات أقوى من الظن المستفاد من هذه الجهات».

٤ ـ حجية العرف:

وهو صلاحيته لاستنباط الأحكام الشرعية منه، وإلزام المكلفين بها، فهي تتضمن شرعية أخذ الحكم، ومشروعية الإجبار عليه. والأدلة على حجية العرف من الكتاب والسنة والإجماع والعقل.

أ ـ الأدلة من القرآن: وهي على نوعين أدلة صريحة وأدلة ضمنية، أما الأدلة الصريحة فتجيء في قوله تعالى: **﴿خذ العفو وأمر بالعرف﴾**، فالآية تفيد جواز الاعتداد بالعرف فيما لم يرد فيه دليل شرعي، وقد اعتمدها «القرافي» في استدلاله على العرف وقال «إن كل ما شهدت به العادة قُضي به لظاهر هذه الآية، واستدل بها «ابن عابدين» وكثير من المعاصرين.

أما الأدلة الضمنية فتأتي من إقرار القرآن الكريم لبعض عادات العرب عند نزوله في المعاملات والزواجر متى لم يخالف نصه، ولم تعارض روحه من ذلك الأخذ بنظام الدية على العاقلة، وهذه في حد ذاتها لا تجعل الدية عقوبة مصدرها العرف، لأن مشروعيتها تجيء من إقرار القرآن لها لا من وجودها كقاعدة عرفية حال نزوله، ولكن تواتر إقرار العرف الصحيح يوجه المجتهد إلى جواز الاعتداد به، واعتباره دليلاً.

ب ـ الأدلة من السنة: وتأتي في عدة أحاديث منها:

الأول: يستدل عدد من الفقهاء ـ منهم «السرخسي»، و«الكمال من الهام» «وابن عابدين» ـ على حجية العرف بالأثر المروي عن النبي ﷺ «ما رآه المسلمون حسناً فهو عند الله حسن» وقال «الكاشاني» في «بدائع الصنائع» «وعرف المسلمين وعادتهم حجة لقوله عليه السلام ما رآه المسلمون حسناً فهو عند الله حسن» وقد اعتبره علماء القواعد الفقهية أصلاً لقاعدة «العادة محكمة».

الثاني: قوله عليه الصلاة والسلام «لهند» زوج «أبي سفيان» وقد شكت إليه بخل زوجها في النفقة فقال «خذي ما يكفيك وولدك بالمعروف» فقد جعل الرسول ﷺ العرف ضابط للواجب الذي لم يحدد بنص الشارع أو حكم القاضي.

الثالث: ومن الأدلة الضمنية في السنة على حجية العرف أن الرسول ﷺ لما هاجر إلى المدينة أقر بعض أعرافها السائدة مثال ذلك ترخيصه ﷺ ببيع السلم مع نهيه ﷺ عن بيع المعدوم، لأن أهل المدينة لا يستغنون عنه، وإقرار الرسول سنة وبها ثبت حكم السلم، ولكن الإقرار في ذاته توجيه إلى العمل بالأعراف الصحيحة رفعاً للحرج عن حياة المسلمين.

جـ ـ الأدلة من الإجماع:

ثبت إقرار صحابة رسول الله ﷺ وقد انتشروا في الأمصار الإسلامية ـ كثيراً من أعرافها الصحيحة وعاداتها السوية في ميزان الشرع، وجرى الإجماع على ذلك، بل صار من أسباب الخلاف بين الفقهاء في الوقائع

الجزئية اختلاف المكان لأن لأهل مصر أعرافهم ولأهل لبنان أعرافهم ولأهل الحجاز أعرافهم.

د ـ **أدلة العقل**: الواقع يقضي بأن تحويل الناس عن عاداتهم فيه حرج عظيم، ورفع الحرج من المبادىء الكلية في الشريعة، فالعقل يثبت العرف اعتباراً للواقع وأهميته، وتطبيقاً للقواعد الشرعية العامة، فمن غير المعقول أن تتناقض القواعد العامة عند تطبيقها على الحياة العملية للمكلفين. فالعادة طبيعة ثانية كما يقال. ويرفض الشيعة الإمامية حجية العرف، وينكرون أصل وجوده كدليل، شرعي، ويردون رواية «ابن مسعود» «ما رآه المسلمون حسناً فهو عند الله حسن» لأن الرواية مقطوعة، واحتمال أن تكون كلاماً «لابن مسعود» لا رواية عن النبي ﷺ، ومجالات العرف ـ كما يقول العلامة محمد تقي الحكيم ـ التي تقع ضمن نطاق حديثنا ثلاثة:

الأول: ما يستكشف منه حكم شرعي فيما لا نص فيه مثل عقد الاستصناع وعقد الفضولي.

الثاني: ما يرجع إليه لتشخيص بعض المفاهيم التي أوكل الشارع أمر تحديدها إلى العرف مثل لفظ الإناء ونظائره مما أخذ موضوعاً في ألسنة بعض الأدلة.

الثالث: المجال الذي يرجع إليه لاستكشاف مرادات المتكلمين عندما يطلقون الألفاظ سواء كان المتكلم هو الشارع أو غيره.

ومن هذه المجالات يستكشف ـ عند الإمامية ـ أن العرف ليس أصلاً بذاته في مقابل الأصول.

أما ما يتصل بالمجال الأول فواضح لرجوعه إلى السنة بالإقرار، لأن المدار في حجيته هو إقرار الشارع له لبداهة أن العرف لا يكسبنا قطعاً يجعل الحكم على وفقه، فلا بد من رجوعه إلى حجة قطعية، وليست إلا إقرار الشارع أو إمضاءه له، والإمضاء إنما قام على أحكام عرفية خاصة لا على أصل العرف. فالشارع أمضى مثلاً الاستصناع وعقد الفضولي، وهما حكمان عرفيان، ولم يمض جميع ما لدى العرف من أحكام، بل لم يمض

أصل العرف كما يتوهم ليكون أصلاً في مقابل السنة لعدم الدليل على هذه التوسعة.

أما المجالان الآخران، فلا يزيد أمرهما على تشخيص صغريات السنة حكماً أو موضوعاً، وكل ما يتصل بتشخيص الصغرى لمسألة أصولة، فهو ليس من الأصول، ومن منطلق هذا التحليل يرفض الشيعة الإمامية العرف، فكون ما يتعارفه الناس يصبح من نظام حياتهم لا يصلح دليلاً لاستكشاف الحكم الشرعي منه، فليس في الأدلة ما يسمى بنظام الحياة، لأن ما يعرفه الناس من أنظمة الحياة إما ممضي في الإسلام فهو حجة، وإما غير ممضي فهو ليس بحجة ولا يسوغ الركون إليه[1].

ورغم التحليل العميق الذي يقدمه العلامة «محمد تقي الحكيم» فلم يقل كل الفقهاء إن العرف دليل في عصر الوحي، وهو عند القائلين به أداة تفسير، أما في العصور التالية فهو لا يستقل بالحكم ولكنه دليل فرعي تستنبط منه الأحكام بإسناد من الدليل الأصلي، والمشاهد أن اعتبار العرف يرجع إليه في الفقه في مسائل كثيرة، ومحله مصالح معتبرة من جنسه، وأصول الفقه ليست منطقاً كلها بل هي أيضاً واقع ومصالح.

٥ ـ ثبات العرف وتغيره:

العرف باعتباره دليلاً شرعياً له حجية دائمة، فلا يقال إن العرف كدليل لا يوصف بالثبات، لأن الدليل الأصولي لا أثر للزمان والمكان عليه، فالمتغير هو الواقع العرفي، فتتغير الأحكام الفقهية بناء على ذلك، فحكم العرف الأصولي ثابت، ولكن حكمه الفقهي هو المتغير، لأنه مرتبط بعادات معينة يثبت بوجودها وينتفي بعدمها ويختلف بتغيرها. وذلك كله يتعلق بالوقائع العرفية الجزئية، والأحكام العملية التفصيلية، أما الدليل الأصلي والحكم الأصولي فهما من السنن الشرعية التي لا تتغير ولا تقبل التبديل.

---

(١) محمد تقي الحكيم: الأصول العامة للفقه المقارن، مرجع سابق بتصرف ص ٤٢٢ ـ ٤٢٦.

ومن أمثلة تغير الواقع الذي يفرض نوازل جديدة، تحتاج إلى أحكام مختلفة ما كان يراه الإمام «أبو حنيفة» من أن الشهادة لا تحتاج إلى تزكية الشهود ممن يثق بهم القضاة، فلما فسد الزمان واحتاج الناس إلى تزكية الشهود حتى لا تضيع الحقوق فإن فقهاء الحنفية المتأخرون أفتوا بتزكية الشهود حتى تصح شهادتهم.

وكذلك قال «أبو حنيفة» لا يجوز أخذ الأجرة على تعليم القرآن، ولا على إقامة الشعائر لأنها عبادات، وأجر العبادات عند الله، فجاء المتأخرون ورأوا أنه تطبيق هذا الحكم يفضي إلى ضرر عدم تعليم القرآن، فليس كل القراء يقبلون العمل حسبة لوجه الله، فأجازوا الأجرة خلافاً لأصل مذهبهم.

٦ ـ بعض القواعد الفقهية في مجال العرف:

ولأهمية العرف ضبط الفقهاء بعض قواعده، وفي مجلة الأحكام العدلية وكتب الأشباه والنظائر، وكتب الفروق، وكتب القواعد الفقهية، قواعد منثورة يجتمع منها باب مطول في ضوابط العرف الشرعية نشير إلى بعض منها:

أ ـ العادة محكمة:

ومعنى هذه القاعدة، أن العادة سواء كانت عامة أو خاصة تعد أمارة لإثبات حكم شرعي لم يرد به نص. ومن تطبيقاتها عدم إلزام المستأجر إطعام الأجير إلا إذا كان عرف البلدة يقضي بذلك.

ب ـ استعمال الناس حجة يجب العمل بها:

أي أن التعامل الجاري بين الناس إذا لم يكن مخالفاً للنص، يجب الرجوع إليه والعمل به، وبعبارة أخرى أن العرف العملي غير المخالف للنص يجب الحكم به والفتوى بموجبه، والسبب في اعتبار التعامل حجة هو أنه أشبه شيء بالإجماع، ولأن اتفاق الناس على شيء غير مصادم للنص الشرعي دليل على أنه غير باطل، بل إن فيه إشعاراً بأنه متوارث من مصدر شرعي.

ومن تطبيقاته أن من وكل أحداً للخصومة ـ أي كاتب عدل أو محامي ـ ولم يشترط له أجرة، فإن كان الوكيل ممن أخذ الوكالة حرفة كان له أجر المثل لأن التعامل جرى على ذلك، وإن لم يكن ممن اتخذوا الوكالة حرفة كان متبرعاً لا أجرة له.

جـ ـ الممتنع عادة كالممتنع حقيقة:

أي أن ما كان حسب العادة من الأمور الممتنع وقوعها، فإنه يعتبر في حكم الممتنع في نفس الأمر والواقع، أي في حكم المستحيل، وتكون العادة هي المعول عليها في الحكم، ولا ينظر إلى الإمكان العقلي.

ومن تطبيقاته، لو ادعى المعروف بالفقر أنه أقرض زيداً مبلغاً كبيراً من المال دفعة واحدة، لا تسمع دعواه لامتناع زعمه عادة. وإذا ادعى أحد أن زيداً المعروف أنه في غيابة السجن قد سرق سيارته يوم الدعوى لا تقبل دعواه لامتناع ذلك عادة.

د ـ الحقيقة تترك بدلالة العادة:

أي أن العادة قد تكون هي القرينة المانعة من إرادة المعنى الحقيقي، ويؤخذ حينئذ المعنى المجازي. ومثاله لو قال صاحب شجرة لزيد كل من هذه الشجرة، فأكل من ثمارها لا ضمان عليه لأنه يعتبر مأذوناً له بالأكل من ثمرها بدلالة العادة، فإن قول صاحب الشجرة يحمل على المعنى المجازي أي من ثمرها لأن أكل الشجرة نفسها متعذر عادة.

هـ ـ العبرة للغالب الشائع لا للنادر:

أي أن المعتبر في بناء الأحكام على العرف هو النظر إلى الأحوال الشائعة الغالبة الوقوع، ولا ينظر فيها إلى الأحوال النادرة، فالنادر لا حكم له فلا تبنى عليه الأحكام.

ومن تطبيقاته أن الشخص الذي أكمل من عمره خمس عشرة سنة يحكم ببلوغه، لأن الغالب أن الإنسان يصل إلى البلوغ في هذه السن.

و ـ المعروف عرفاً كالمشروط شرطاً:

أي أن الأمور المعتادة بين الناس، والمعروفة بينهم في المعاملات

تعتبر كأنها مشروطة عند إجرائها، ومن تطبيقات هذه القاعدة أنه إذا استعمل أحد مال غيره المعد للاستغلال ـ كبيت للسكن أو سيارة للأجرة، فعليه أجر المثل، لأن المعد للاستغلال لا يستعمل إلا بالأجرة، ومثاله أيضاً أن ناظر الوقف يستحق أجرة المثل، ولو لم يشرط له الواقف أجرة، لأن المعروف أنه لا يتحمل أعباء هذه المسؤولية حسبة وبلا مقابل.

ز ـ المعروف بين التجار كالمشروط بينهم:

هذه القاعدة داخلة في مفهوم القاعدة السابقة دخول الخاص تحت العام. فإن القاعدة السابقة تبحث في المعروف بين الناس مطلقاً، وهذه تبحث في المعروف بين التجار، والمعروف بين التجار في معاملاتهم التجارية هو كالمشروط بينهم، فيلزم اعتباره ولو لم يشرط عند إجراء المعاملات التجارية.

ومن تطبيقاتها لو باع أحد التجار سلعة من غير أن يصرح بكون الثمن حالاً أو مؤجلاً إلى مدة معلومة وهو البيع بالتقسيط، وكان عرف التجار جارياً بكون الثمن من بيوع هذه السلع مؤجلاً إلى مدد معروفة بينهم، فإن البيع الواقع يعتبر مقسطاً إلى تلك المدد.

ح ـ التعيين بالعرف كالتعيين بالنص:

فإذا كان العرف يخصص بعض التصرفات بشيء وجب مراعاة ذلك في المعاملات، كما لو نص عليها، ومن تطبيقات هذه القاعدة أن الإعارة المطلقة تحل للمستعير استعمال العارية في أي مكان شاء، على الوجه الذي يزيده، لكن يتقيد ذلك بالعرف. ومثاله أن التوكيل بالبيع يحمل على البيع بلا ضرر، لأن هذا التخصيص هو المعروف.

٧ ـ الفرق بين الإجماع والعرف[١]:

الإجماع والفقه كلاهما اتفاق يترتب عليه حكم شرعي ولكنهما يختلفان من عدة وجوه:

---

(١) د. مصطفى زيد: فلسفة العبادات في الإسلام، القاهرة سنة ١٩٧٦، ص ١٢٥ ـ ١٢٦.

أ ـ أن العرف يتكون من توافق غالب الناس على قول أو فعل، بما فيهم العامة والخاصة، والقارئون، والأميون والمجتهدون، والإجماع لا يتكون إلا من اتفاق المجتهدين خاصة على حكم شرعي عملي، ولا مدخل لغير المجتهدين من تجار أو عمال أو فلاحين، أو أي طائفة من طوائف الناس غير المجتهدين.

ب ـ أن العرف يتحقق بتوافق جميع الناس وبتوافق غالبهم، أي أن شذوذ بعض الأفراد عما عليه العرف لا ينقض العرف، ولا يحول دون اعتباره، أما الإجماع فلا يتحقق إلا باتفاق المجتهدين من المسلمين في عصر حدوث الواقعة المعروضة، ومخالفة مجتهد واحد تنقض الإجماع، فأولى أن تنقضه مخالفة الأكثر.

جـ ـ أن الحكم الذي يستند إلى الإجماع الصريح يكون كالحكم الذي يستند إلى النص، ولا مساغ للاجتهاد فيما فيه نص أو إجماع، أما الحكم الذي يستند إلى العرف فقد نثبت غيره عند تغير الأعراف الجزئية، فليست للعرف قوة الحكم الذي سنده الإجماع.

د ـ أن الحكم الذي يستند إلى الإجماع يقوم على اتفاق المجتهدين فيشترط الإسلام في أفراده، أما الحكم الذي يستند إلى العرف فيقوم على اتفاق المواطنين مسلمين وغير مسلمين طالما لم يعارض النصوص، أي طالما كان عرفاً بشروطه الشرعية.

ويتفق العرف والإجماع من عدة وجوه:

أ ـ فالعرف والإجماع كلاهما من مصادر الأحكام الشرعية.

ب ـ والعرف ينقسم إلى عام وخاص، وكذلك الإجماع ينقسم إلى إجماع كل المجتهدين، وقد ينصرف عند المجتهدين إلى إجماع الصحابة، أو إجماع آل البيت، ففي الإجماع أيضاً خصوص وعموم.

جـ ـ العرف قد يتغير فيتغير الأثر المترتب عليه، وكذلك الإجماع الذي سنده المصلحة، قد يتغير إذا تغيرت المصلحة.

المطلب الثالث

المصلحة[1]

العقل السليم يميل إلى المصلحة باعتبارها نفعاً، وينكر المفسدة باعتبارها ضرراً، ويدرك بميزان مصالحه أن النفع حسن مطلوب، وأن الضرر قبيح مردود، تلك من بدهيات العقول، وتأتي الشرائع لتحقيق المصالح بعيداً عن فوضى العواطف، وذرائع إنحراف العقل الفردي. وهذا ما عناه «ابن قيم الجوزية» بقوله أينما توجد المصلحة فثم شرع الله، وقد أشار «الشاطبي» إلى ذلك قبل «ابن القيم» وقال في كتابه «الموافقات» «إن وضع الشرائع إنما هو لمصالح العباد في الآجل والعاجل معاً، وتكاليف الشريعة ترجع إلى حفظ مقاصدها في الخلق... والمعنى أن استقرينا من الشريعة أنها وقعت لمصالح العباد.

١ ـ تعريف المصلحة:

المصلحة لغة كالمنفعة وزناً ومعنى، فهي تطلق على المنفعة حقيقة، وعلى أسابها مجازاً، فيقال التجارة مصلحة، بمعنى أنها سبب إلى المنافع، والقصاص مصلحة، بمعنى أنه سبب إلى المنفعة، ولما كانت المنفعة والمضرة نقيضين لا يجتمعان كان دفع المضرة مصلحة أيضاً، بل قيل بهذا الاعتبار إن دفع المفسدة مقدم على جلب المنفعة، فالمراد بالمصلحة لغة درء مفسدة وجلب منفعة.

والمصلحة والاستصلاح يترادفان في عرف الكاتبين في الأصول،

---

(١) يراجع في هذا الموضوع الدقيق، المراجع الآتية:
١ ـ الغزالي: المستصفى، ط دار إحياء الكتب العربية، ١٩٣٦.
٢ ـ د. حسين حامد: المصلحة في التشريع الإسلامي، دار النهضة العربية، القاهرة ١٩٧١.
د. سعيد رمضان السيوطي: ضوابط المصلحة، دار الرسالة، بيروت.

ويقترب معناهما الأصولي مع المعنى اللغوي باعتبار المصلحة درء مضرة، وجلب منفعة ولكن بتخصيص لا يعرفه عموم اللفظ في اللغة، بحيث يقصد بالمصلحة دفع ضرر أو جلب نفع يقصده الشارع، لا مطلق النفع والضرر. والمصلحة باعتبارها دليلاً ليست مجرد دفع الضرر وجلب النفع باعتبار الشرع، لأن الأحكام الشرعية كلها وأياً كان مصدرها الشرعي مقصودها تحقيق مصالح الخلق، وإنما المصلحة هنا ما أطلق عليه المصلحة المرسلة، وهي المصلحة المطلقة عن تعيين دليل الاعتبار والإلغاء، لكنها ترجع إلى أصل شرعي عام يعلم بالكتاب والسنة.

ويعرفها الأصوليون بأنها وصف مناسب ترتبت عليه مصلحة العباد واندفعت به عنهم مفسدة، لكن الشارع لم يعتبر هذا الوصف بعينه ولا بجنسه في شيء من الأحكام، ولم يُعلم منه إلغاء له[1]

وهذا التعريف يستبعد من المصلحة المرسلة ما قام به وصف مناسب ملغى، لأن إلغاء الشارع له جعله غير صالح للاعتبار واستنباط الأحكام على وفقه، ومثال ذلك فتوى «يحيى بن سعيد» تلميذ الإمام مالك لأحد ملوك المغرب الذي أفطر بالجماع في نهار رمضان، بوجوب الكفارة عليه بصوم شهرين متتابعين بدل أن يفتيه بوجوب إعتاق رقبة مع قدرته على الإنفاق، كما ورد ذلك عن الشارع، ولكن «يحيى» الفقيه نظر إلى أنه لو أفتى ملك المغرب بوجوب الإعتاق، لأعتق رقبة بدون مشقة عليه في أداء الكفارة، وساعده هذا على انتهاك حرمة الشهر لكثرة ماله. فأفتاه بصوم شهرين متتابعين ليكون الزاجر أقوى، واحتمال العودة إلى المعصية أقل، ولكن الشارع ألغى هذا الوصف ببيان أن الكفارة في الجماع مرتبة حسب الاستطاعة بدون تفصيل بين ملك وغيره، ولأن الشارع حريص على تحرير الرقاب فبدأ بها في الكفارة وليس لأحد أن يغير هذا الترتيب، لهذا أنكر عليه العلماء هذه الفتوى، لأن ما لاحظه فيها من وصف قد ألغاه الشارع، وأهدره بالنص، في قول الرسول ﷺ للأعرابي الذي واقع زوجته في نهار

(١) هذا التعريف للفقيه الاباضي الإمام «السالمي» أورده في كتابه «طلعة الشمس البهية».

رمضان: هل تجد ما تعتق رقبة؟ قال: لا. قال فهل تستطيع أن تصوم شهرين متتابعين؟ قال: لا... إلى آخر الحديث[١].

٢ ـ تقسيمات المصلحة:

يتنوع تقسيم المصالح، وكل تقسيم له اعتبار:

أ ـ تنقسم المصلحة باعتبار الشارع لها إلى ثلاثة أنواع:

الأول: مصلحة معتبرة: وهي التي قام الدليل الشرعي على رعايتها، ووضع من الأحكام ما يوصل إليها، كالمحافظة على النفس والعقل، ودفع المشقة والحرج عن المكلفين، وهذه المصالح ينبغي التعليل بها وترتيب الأحكام عليها، ومن هذا جميع المصالح التي حققتها الأحكام الشرعية ضرورية كانت أو حاجية أو تحسينية، والمصالح المعتبرة يستدل بها ويقاس عليها.

والمصالح المعتبرة قسمان، **مصلحة شهد الشرع لنوعها**، ووجد نص شرعي يدل على الحكم الذي توجبه المصلة، لا في الواقعة المعروضة، بل في واقعة أخرى تحاشها، ومثال ذلك المصلحة الحاصلة من تحريم النبيذ وإن لم يدل عليه نص بعينه، فقد وجد النص الذي يدل على هذه الحرمة بالنسبة لشرب الخمر.

ومصلحة شهد الشرع لجنسها: أي تدخل تحت قاعدة أو أصل شهدت له ودلت عليه عدة نصوص شرعية، ومن أمثلة هذه المصلحة جمع القرآن، فإنه مصلحة شهد الشرع لجنسها، لأنها تدخل تحت أصل حفظ الدين[٢].

الثاني: مصلحة ملغاة: وهي التي شهد الدليل الشرعي على بطلانها، ووضع من الأحكام ما يدل على بطلانها، كمصلحة شارب الخمر في

---

(١) د. عباس حمادة: أصول الفقه، ط ٢، القاهرة ١٩٦٨، ص ٢٢٩ ـ ٢٣٠.

(٢) يلاحظ أن الإمام الغزالي يقسم في كتابه «المنخول» المصلحة من حيث اعتبارها تقسيماً رباعياً وهو ما سار عليه بعده المحدثون.

التخفيف عن متاعب الحياة، ومصلحة الجبان في عدم خوض المعركة، ومصلحة آكل الربا في زيادة ثروته، ومصلحة المريض الميئوس في شفائه من الموت انتحاراً، أو الموت بدافع الشفقة، وغير ذلك من المصالح الفردية التي تترتب على أوصاف شهد الشارع بإلغائها. وقد أتفق العلماء على أن هذه المصالح لا يصح التعليل بها أو ابتناء الأحكام عليها.

الثالث: مصلحة مرسلة: وهي مصلحة تدخل في مقاصد الشارع ولكن لا يقوم دليل خاص على إلغائها أو إبقائها، وسميت مرسلة لأنها مطلقة عن دليل اعتبارها أو إلغائها من قبل الشارع، عكس المصلحة المعتبرة والتي جاء الدليل المباشر على رعايتها. والمصلحة المرسلة إذا قصد بها التي يمتنع حكمها لا تجوز في الشرع، ولعل هذا هو ما عناه الإمام «الغزالي» باستحالة خلو واقعة عن حكم الله، لأن كل مصلحة تتخيل في كل واقعة، لا بد وأن تشهد الأصول لردها أو قبولها، فأما تقدير جريانها مهملاً وغفلاً لا تلاحظ أصلاً فمحال تخيله وفكرة «الغزالي» عميقة لأنها تقوم على استحالة خلو واقعة عن حكم الله تعالى باعتبار النقل أو العقل، خاصة وقد كمل الدين وانقطع الوحي، ولكن المصلحة المرسلة ليست المصلحة التي يمتنع حكمها، وإنما هي مصلحة لها حكم، ولكن الوصف الذي يترتب عليه الحكم ليس له أصل يشهد باعتباره أو بطلانه. فيستنبطه الفقيه من مقاصد الشريعة العامة ومبادئه الكلية.

ب ـ وتنقسم المصلحة باعتبار قوتها في ذاتها إلى ثلاثة أنواع:

الأول: المصلحة الضرورية: والتي بدونها لا تقوم أمور الدنيا، وتفوت أمور الآخرة، ومجموع هذه المصالح بالاستقراء ـ كما يقول الشاطبي ـ خمس. حفظ الدين، حفظ الفس، وحفظ النسل، وحفظ المال، وحفظ العقل. فالمصلحة الضرورية مركب من كل هذه المصالح، فالتدين فطرة، وصيانة النفس جبِلة، وحفظ النسل سنة كونية، وحفظ المال سنة اجتماعية، وحفظ العقل ضرورة لا تحمي كل هذه المقاصد إلا بها. والمصالح الضرورية مرعية بصورة نسبية في كل تشريع بشري، ولكنها تراعي بصفة مطلقة في التشريع الإلهي. لاختلاف علم الله عن علم البشر،

وعدل الخالق عن عدالة المخلوق.

الثاني: المصلحة الحاجية: والتي أساسها رفع الحرج عن الأمة، فلا تضيع الحياة بانتفائها ولكنها تضيق، ولا تختل الأمور بفقدانها ولكن غيابها يزيد المشقة ويجلب العسر.

ورعاية للمصالح الحاجية عرفت الرخص والبدائل في التشريع الإسلامي، كرخصة قصر الصلاة للمسافر، والإفطار للمريض، وعقد السلم في المعاملات، والتيمم في الوضوء إلى غير ذلك من البدائل التي تستبدل الرخصة بالعزيمة.

الثالث: المصلحة التحسينية: وهي تنزل عن حد الحاجة وتثبت الأخلاق الفاضلة، والصفات الرفيعة، التي هي من سمات الكمال الفردي، ومن ملامح التفوق الاجماعي، ومثالها في العبادات الطهارة وأخذ الزينة في الصلاة، وآداب الأكل والشرب في العادات، والأداء الطيب في المعاملات، كحسن أخلاق البائع، وسماحة تصرف المشتري. إلى غير ذلك من الفضائل، وكأن المصلحة التحسينية إظهار للمحاسن، وإخفاء للمساوىء. وتقسيم هذه المصالح له أهميته عند البحث في شروط المصلحة وترتيبها.

جـ - وتنقسم من حيث الشمول إلى ثلاثة أقسام(١):

الأول: **مصلحة عامة من حق كافة الناس**، ويمثل لها الإمام «الغزالي» بالمصلحة العامة في قتل المبتدع الداعي لبدعته، إذا غلب على الظن ضرره، وصار ذلك الضرر كلياً.

الثاني: **مصلحة تتعلق بغالبية الأمة**، ومثالها تضمين الصناع ما يتلف بأيديهم من السلع، ما لم يثبتوا عدم التعدي والتقصير، فالتضمين يحقق مصلحة أصحاب السلع وهم ليسوا كل الأمة أو كافة الخلق، والرأي عندي

---

(١) د. حسين حامد: المدخل لدراسة الفقه الإسلامي، القاهرة ط ١، دار النهضة العربية، ١٩٧٢، ص ١٩٥ - ١٩٦.

أن مصالح الأغلبية مصلحة عامة في الأصل أغلبية في التطبيق، ولذلك قيل في تعليل تضمين الصناع لا يصلح الناس إلا ذاك. ولأن السلع عند التحقيق حاجة عامة للكافة، وكلهم يسعى إلى صانع ويختلفون في الصانع وتوقيت الشراء.

الثالث: مصلحة نادرة خاصة بفرد معين في واقعة نادرة: مثال المصلحة الخاصة النادرة فسخ نكاح زوجة المفقود، والذي نراه أن صفة الخصوصية في هذه المصلحة مناطها التطبيق، والأصل أن فسخ النكاح في هذه الحالة عام تستوي فيه زوجة كل مفقود.

٣ ـ شروط المصلحة المرسلة:

بديهي أن لا تقوم المصلحة المرسلة إذا بنيت على وصف شهد الشرع بالغائه، أو كانت غايتها معارضة القرآن والسنة، ولكن هل للعمل بها شروط أخرى؟

قال البعض إن الإمام «الغزالي» يشترط في المصلحة المرسلة ثلاثة شروط هي:

أ ـ أن تكون مصلحة كلية، فإذا كانت جزئية وخاصة فلا تصلح الاستدلال عن طريقها للوصول إلى الأحكام الشرعية.

ب ـ أن تكون قطعية: أي أن يعرف وجودها على سبيل اليقين، فإذا كان ظنياً فلا يجوز الاستدلال.

جـ ـ أن تكون مصلحة ضرورية، وهي التي لا يقوم الناس إلا بها. فالمصالح التسحينية والحاجية لا أثر لها في تشريع الأحكام[١] وقد نفى الدكتور حسين حامد ـ نسبة هذه الشروط للإمام «الغزالي» وقال إن هذا مجرد لبس وقع فيه بعض الكاتبين في الأصول، أدت إليه ظاهر عبارات وردت في كتاب «المستصفى» لا تؤدي عند التأمل إلى نسبة هذه الشروط إلى الإمام «الغزالي».

---

(١) وقد أخذ بذلك بعض المعاصرين، راجع د. محمد سعاد جلال: مقدمة في التعريف بعلم الفقه وأصول الفقه، ص ١٠٤.

وسواء صحت النسبة أم لم تصح فإن الذي نراه أن الأخذ بالمصلحة المرسلة شرطها الجوهري ـ بل ربما كان الوحيد ـ أن تكون داخلة تحت أصل اعتبره الشارع في الجملة، لأن المصالح الغريبة التي لا تلائم تصرفات الشارع باطلة ومطروحة على تعبير «أبي حامد الغزالي» وقد ذكر الإمام «الشاطبي» في كتابه «الاعتصام» ثلاثة شروط للأخذ بالمصلحة المرسلة.

أ ـ الملاءمة بين المصلحة التي تعتبر أصلاً قائماً بذاته وبين مقاصد الشارع فلا تنافي أصلاً من أصوله، ولا تعارض دليلاً من أدلته القطعية، بل تكون متفقة مع المصالح التي قصد الشارع إلى تحقيقها.

ب ـ أن تكون مصلحة معقولة في ذاتها بحيث لو عرضت على أهل العقول تلقوها بالقبول.

جـ ـ أن يكون في الأخذ بها رفع حرج لازم، بحيث لو لم يؤخذ بالمصلحة المعقولة في موضعها لكان الناس في حرج ومشقة والله تعالى يقول: ﴿**ما جعل عليكم في الدين من حرج**﴾ وهو شروط مقبولة، ومحمولة على اتفاق صحيح المنقول مع صريح المعقول.

٤ ـ حجية المصالح المرسلة:

ينكر بعض الأصوليين في بعض المذاهب حجية المصالح المرسلة، وعند التحقيق نجد المذاهب الإسلامية كلها تأخذ بالمصلحة المرسلة تحت مسمى المصلحة، أو مسيمات أخرى، نستثني من ذلك المذهب الظاهري الذي يرفض المصلحة استناداً على أصوله في العمل بظواهر النصوص ورفض القياس والتعليل، ونستثني من ذلك أيضاً الشيعة الإمامية الذين ينكرون(١) المصلحة المرسلة دليلاً مستقلاً، ولكنهم يقولون بما رجع من هذه المصالح إلى العقل على سبيل الجزم، على مقتضى حجية دليل العقل

---

(١) يلاحظ أن الأستاذ الدكتور سلام مدكور نسب إلى الشيعة الإمامية الإنكار المطلق للمصلحة المرسلة وهو غير صحيح، راجع كتابه مناهج الاجتهاد ص ٢٩٩، وغير صحيح نسبة العمل بالمصلحة المرسلة بإطلاق إلى الشيعة الإمامية.

عندهم، وما عداها فهو ليس بحجة.

أ ـ أدلة المنكرين:

نفاة المصلحة المرسلة يقدمون أدلة على ذلك نذكر ثلاثة منها.

الأول: القول بكمال الشريعة ووفائها بمصالح الناس، فلا تحتاج البشرية لأكثر مما جاءً به الشرع وأمر بالاهتداء به، ويمكن رد هذا الدليل بأن القائلين بالمصلحة لا ينكرون كمال الشريعة، ولكن النصوص المتناهية لا تكفي بظاهرها للوفاء بحاجات الناس.

الثاني: أن المصلحة إما ملغاة أو معتبرة بنص الشارع، والمصلحة المرسلة ـ كما يقول «الآمدي» ـ مترددة بين القسمين، وليس إلحاقها بأحدهما أولى من إلحاقها بالآخر، فامتنع الاحتجاج بالمرسل دون شاهد بالاعتبار يبين أنه من قبيل المعتبر دون الملغي.

وما يقوله «الآمدي» ونفاة المصلحة في هذا الاعتراض أشبه بالدور، لأن الكلام في المصلحة المرسلة عند مثبتيها، يتعلق بمصلحة غير المعتبرة والملغاة، ودعوى عدم الرجحان غير صحيحة ـ كما يقول أستاذنا العلامة محمد مصطفى شلبي[1] ـ لأن ما اعتبره الشارع من المصالح كثير، وما ألغاه قليل، فإذا وجدت مصلحة لم يقم دليل على اعتبارها ولا على إلغائها بذاتها وفيها فائدة تعود بالنفع على العباد كان الظاهر إلحاقها بالأعمل الأغلب دون القليل النادر.

الثالث: ويقال أيضاً أن العمل بدليل المصلحة يفتح الباب أمام العقل لإهدار الأحكام الشرعية بدعوى مصالح وهمية، خاصة وأن أصولياً «كالطوفي» اعتبر المصلحة الدليل الأساس في سياسة الدنيا، وقدمها على ما يعارضها من النصوص عند تعذر الجمع بينها، وموقف «الطوفي» غلو لم يناصره فيه أحد، والقول بأن المصلحة المرسلة تحكيم للعقل غير صحيح لأنه لا ينفرد بإثباتها، وإنما حجيتها في ذاتها تعود إلى شهادة الشرع لها في

---

(١) أصول الفقه الإسلامي: مرجع سابق ص ٢٩٤.

مجموعه وليس في جزئيات أحكامه، ومع ذلك فإن تحقيق المصلحة المرسلة يحتاج ـ كما يقول «ابن دقيق العيد» ـ إلى نظر سديد وربما يخرج عن الحد.

ب ـ أدلة المثبتين:

لمثبتي حجية المصلحة المرسلة أدلة كثيرة منها:

الأول: أن الأحكام الشرعية جاءت لتحقيق مصالح العباد، والنصوص لم تستوعب جميع المصالح تفصيلاً لأنها تتجدد في الزمان، وتتغير عبر المكان، وحصرها ممتنع عقلاً، فالقول بإغلاق باب المصالح حرج بالغ بالأمة، والشريعة مبناها رفع الحرج وإزالة المشقة.

الثاني: أفعال الصحابة، وقد صح النقل عنهم بل بلغ حد التواتر في بعض المسائل ـ ما يؤكد منهجهم في ابتناء الأحكام على المصالح المرسلة، و«لأبي بكر» و«عمر» و«علي» فتاوى كثيرة، وأحكام متعددة أساسها الاجتهاد بالمصلحة، من غير أن ينكر الصحابة عليهم ذلك. فكان إجماعاً منهم على اعتبارها أصلاً من أصول التشريع.

والذي يشهد له المحققون من الفقهاء أن حجية المصالح المرسلة تثبت عند غالبة المذاهب الإسلامية يقول «ابن دقيق العيد» الفقيه الشافعي «الذي لا شك فيه أن لمالك ترجيحاً على غيره من الفقهاء ـ يعني الأخذ بالمصلحة ـ ويليه «أحمد بن حنبل»، ولا يكاد غيرهما يخلو من اعتباره في الجملة».

ويقول الإمام «القرافي» في مقدمة كتاب «الذخيرة» الفقه المالكي «وأما المصلحة المرسلة فغيرنا يصرح بانكارها، ولكن نجدهم عند التفريع يعللون بمطلق المصلحة، ولا يطالبون أنفسهم عند الفروق والجوامع بإبداء الشاهد لها بالاعتبار، بل يعمدون على مجرد المناسبة، وهذا هو المصلحة المرسلة» بل إن المذاهب المنكرة للمصلحة عملت بها تحت مسميات عدة. فيرجعها الإمامية إلى العقل، ويعتبرها الشيعة الزيدية من صور القياس، ويراها أهل الظاهر جزءاً من الاستدلال بالنص.

٥ ـ مجال العمل بالمصالح المرسلة:

الشريعة الإسلامية تنطوي على عبادات ومعاملات، والأصل في العبادات التحريم لأن الله لا يعبد إلا بما شرع، والأصل في المعاملات الإباحة إلا ما شهد له النص بالمنع. فهل تعمل المصلحة المرسلة في هذين القسمين أم في أحدهما؟

أ ـ مجال العبادات:

لا خلاف بين العلماء في منع الاجتهاد بالمصلحة في مجال العبادات، فلا مدخل للعقل في العبادة، سواء ظهرت العلة أو خفيت، لأن القاعدة الفقهية تفرض عدم الاجتهاد في الأمور التعبدية.

ب ـ مجال المعاملات:

المعاملات مجال فسيح للاجتهاد بالرأي، والعمل بالمصلحة في كل ما لم يرد فيه دليل قطعي، لأن النصوص الظنية وغياب النصوص فيهما مجال للاجتهاد ودعوة لإعمال العقل.

٦ ـ بين القياس والمصلحة المرسلة:

بين القياس والمصلحة أشباه تجمع واختلافات تفرق، فكلاهما من أدلة الفقه الاجتهادية ويفترقان فيما يلي:

أ ـ الحكم الثابت بالمصلحة يقوم على أساس رعاية المصلحة أما الحكم الثابت بالقياس فالأساس فيه الاشتراك في العلة بين الأصل والفرع.

ب ـ الحكم الثابت بالقياس له أصل في القرآن والسنة والإجماع، والحكم بالمصلحة اجتهاد في إطار المقاصد الشرعية العامة.

جـ ـ الحكم الثابت بالقياس أساسه أصل شهد له الشرع بالاعتبار فيقاس عليه، أما الحكم الثابت بالمصلحة فأساسه دفع مفسدة وجلب مصلحة فيما لا دليل من الشارع على اعتباره أو إلغائه.

٧ ـ بين المصالح المرسلة والاستحسان:

تفترق المصالح المرسلة عن الاستحسان فيما يلي:

أ ـ الاستحسان لا يعمل به إلا عند وجود دليل، لأنه عدول عن حكم ثبت بدليل إلى حكم آخر لدليل أقوى، فهو لا يكون إلا عند وجود الأدلة وتعارض جزئياتها، أما المصلحة فلا وجود لها إلا عند غياب الدليل.

ب ـ الاستحسان استثناء من الأصل، أما المصالحة المرسلة فليست استثناء من أصل، لا مخالفة لدليل بدليل، ولا ترجيح قياس على قياس، فالحكم بها ثابت ابتداء أي أن دليل الاستصلاح هو المصلحة ولا دليل سواه.

٨ ـ نماذج من العمل بالمصلحة:

أ ـ في عصر الصحابة:

للعمل بالمصلحة المرسلة في عصر الصحابة تطبيقات كثيرة نشير إلى ثلاثة منها:

الأول: جمع القرآن، وتم ذلك في عصر الخليفة الأول «أبي بكر الصديق» باقتراح من «عمر بن الخطاب»، وهذا العمل لا سند له من الكتاب والسنة، ودليله المصلحة، لأن فيه خيراً للمسلمين، ودفع مفسدة ضياع القرآن من الصدور، خاصة أنه جاء بعد موقعة اليمامة التي قتل فيها عدد كبير من القرآن.

الثاني: إبقاء «عمر بن الخطاب» الأراضي المفتوحة في العراق بأيدي أهلها وعدم توزيعها رغم اعتراض عدد من الصحابة وذلك لمصلحة عامة رآها، ورأى فيها المسلمون جلب نفع ودرء ضرر.

الثالث: إجماع الصحابة على حد الخمر ثمانين جلدة بناء على المصلحة في عصر الخليفة «عثمان»، حيث فشا الخمر فجمع «عثمان» رضي الله عنه الصحابة واستشارهم فقال «علي» رضي الله عنه «من سكر هذى، ومن هذى افتري، فأرى عليه حد المفتري» وهو ثمانون جلدة.

ب ـ في عصر التابعين:

وفي عهد التابعين أيضاً تطبيقات كثيرة نشير إلى اثنين منها:

الأول ـ إعادة عمر بن العزيز الخليفة الخامس أموال بني أمية إلى أصحابها، لأنها رأى المصلحة تقتضي رد المظالم حتى ولو تقادم العهد عليها.

الثاني ـ إقامة عمر بن العزيز الخانات ـ أي الفنادق ـ يأوي إليها المسافرون، وهو عمل لم يعرف في عصر الرسول ولا في عصر الصحابة، لأن اتساع الدولة، وكثرة المسافرين اقتضى ذلك، فأمر به تحقيقاً للمصلحة.

أما كتب الفقه ففيها تطبيقات بالمئات، بعضها صدى لما كان في عصر الصحابة والتابعين كتضمين الصناع، وقتل الجماعة بالواحد، ومنها تطبيقات جديدة جاءت بها تغيرات الأحكام، وتداول الأيام. والعمل بالمصلحة يعد أحد أسباب الخلاف بين الفقهاء في الفروع الفقهية. وهناك مجموعة من القواعد الفقهية ارتبطت بنظرية المصالح المرسلة وامتدت تطبيقاتها في مجالات الفقه المختلفة، تأكيداً على ثراء المصلحة. وأهميتها كدليل شرعي، وتوغلها في النسيج العام للحياة التشريعية ومن هذه القواعد ما يلي:

لا ضرر ولا ضرار، الضرر يزال، الضرر يدفع بقدر الإمكان، المشقة تجلب التيسير، الأمر إذا ضاق اتسع.

وتتسع هذه القواعد لتطبيقات كثيرة يجمعها في نسق واحد أننا أمام قواعد وتطبيقات تعد المصلحة لحمتها وسُداها.

المبحث الثالث

المصادر الاحتياطية

المصادر الاحتياطية يلجأ إليها في استنباط الأحكام في حالتين:

الحالة الأولى عندما تصمت المصادر الأصلية والفرعية فلا تفيد حكماً ولا تساعد على الوصول إلى الاجتهاد المطلوب.

الحالة الثانية: الظروف الاستثنائية التي تقتضي العدول بالمسألة من حكمها العادي إلى حكم آخر لوجه يقتضي ذلك، ففي الأحوال العادية، لا عمل للمصادر الاحتياطية، والمصادر الاحتياطية قد تكون نقلية كقول الصحابي وشرع من قبلنا، وقد تكون عقلية كالاستحسان والاستصحاب.

والمصادر الاحتياطية هي الاستحسان، والاستصحاب، وقول الصحابي، وشرع من قبلنا، وسد الذرائع. وسوف ندرسها موزعة المطالب التالية:

المطلب الأول: الاستحسان.

المطلب الثاني: سد الذرائع.

المطلب الثالث: قول الصحابي.

المطلب الرابع: شرع من قبلنا.

المطلب الخامس: الاستصحاب.

المطلب الأول

الاستحسان

الاستحسان دليل احتياطي، وهو من الأدلة المختلف فيها نفاه البعض باعتبار، وأثبته الآخرون باعتبار، ومجال النظر فيه دقيق، واستنباط الأحكام عن طريقه يحتاج إلى بصر عميق.

١ ـ تعريف الاستحسان:

الاستحسان لغة اعتبار الشيء حسناً، ويستوي في ذلك أن يكون الأمر المستحسن حسياً أو معنوياً، وفي الشرع لا يقصد به الرأي المحض، لأن العقل بمفرده لا عمل له في الحل والحرمة.

والاستحسان في الاصطلاح الأصولي له تعريفات متعددة يظهر فيها أثر الخلاف المذهبي، أو كيفية تعامل المذهب مع المصادر الشرعية وترتيبها، ولعل أصدق تعريف للاستحسان باعتباره دليلاً تعريف «الكرخي» أحد فقهاء الأحناف حيث قال «إنه العدول بالمسألة عن حكم نظائرها إلى حكم آخر لوجه آخر يقتضي ذلك العدول»، وهو تعريف يقترب مما قاله فقهاء المالكية والحنابلة حيث تبدو قوة الدليل عنصراً هاماً في تركيب الاستحسان، فقد عرفه «الشاطبي» من المالكية بأنه «العمل بأقوى الدليلين»، وعرفه «الطوفي» من الحنابلة بأنه «العدول بحكم مسألة عن نظائرها لدليل خاص». فالاستحسان بهذا المعنى يرد استثناء، وميدانه الحقيقي الرخص الشرعية، لهذا عرّفه «ابن العربي» من المالكية بأنه ترك مقتضى الدليل على طريق الاستثناء والترخص، لمعارضة ما يعارض به في بعض مقتضياته. وقال شيخنا العلامة «محمد مصطفى شلبي» أن الذي ينكر الاستحسان يكون منكراً لأصل من الأصول الشرعية وهو تشريع الرخصة التي يقول الرسول ﷺ في شأنها «إن الله يحب أن تؤتى رخصه كما يجب أن تؤتى عزائمه».

فالأصل في الاستحسان الاستثناء، والحجة له العمل بالدليل الأقوى عند التعارض، ومجاله البدائل والرخص، رفعاً للحرج وتوسعة على الخلق.

٢ ـ أقسام الاستحسان:

ينقسم الاستحسان حسب صلته بالمصادر الأخرى إلى عدة أنواع هي:

أ ـ الاستحسان بالإجماع:

ويمثل الفقهاء له بإيجاب القيمة على من قطع ذنب بغلة القاضي، فهذا الحكم مصدره الإجماع، وهو استثناء من القواعد العامة التي تقضي بأن يغرم المعتدي على العين قيمة النقص الحادث باعتدائه فقط، أما إذا غرم القيمة كلها فمخالف لهذه القواعد. ووجه الاستحسان، أو سند الإجماع، أن بغلة القاضي تتخذ للركوب خاصة، وقطع الذنب جعلها غير صالحة لهذا الوجه من الاستعمال بالنسة للقاضي لأنها تنافي وقار وظيفته، فكانت البغلة بعد قطع ذنبها غير صالحة لهذا الوجه من الاستعمال بالنسبة للقاضي،" فكأنه فوّته عليه كله، فقضى على المعتدي بقيمة الدابة كلها.

ولا نسلم بهذا الاستحسان لأن مصدر الحكم هنا الإجماع، ولا مكان للإجماع مع وجود نص أو إجماع.

وواضح في هذا المثال الذوق الفقهي لعصره، ولكنه لا يصلح مثالاً لاستحسان بالإجماع.

ب ـ الاستحسان بالمصلحة:

وقد مثلوا له بتضمين الصناع ما يتلف بأيديهم من السلع، لأنها الأصل فيها عدم الضمان لأن الصانع أمين، ويده يد أمانة، ولكن فساد الذمم استوجب الحكم بالضمان حتى يثبت هؤلاء الصناع عدم التعدي والتقصير منهم.

والمثال صحيح يجمع بين المصلحة التي هي حكم عام، وبين

الاستحسان الذي هو استثناء من القواعد العامة.

ج ـ الاستحسان بالعرف:

ومثاله ما رويَ عن «مالك» أن الشخص لو حلف لا يدخل بيتاً فإنه لا يحنث بدخول المسجد، لأنه وإن سمي بيتاً في لغة القرآن، إلا أنه لا يطلق لفظ البيت عليه في لغة التخاطب، فهذا ترك للعموم من حيث اللغة، بعرف التخاطب على سبيل الترخيص والتوسعة.

د ـ الاستحسان بقاعدة رفع الحرج والمشقة:

وقد مثَّلوا له بترك مقتضى الدليل في التافه اليسير، وذلك رفعاً للمشقة، فقد أجاز المالكية دخول الحمام من غير تقدير الأجرة أو مدة اللبث أو الماء المستعمل، والأصل في كل ذلك المنع، إلا أن نفي الغرر في العقود جملة لا يقدر عليه، وفيه تضييق على الناس، فوجب التسامح في الضرر اليسير، رفعاً للمشقة وتوسعة على الناس، فإذا كانت قاعدة الضرر تمنع هذه المعاملة فإن قاعدة رفع الحرج ـ وهي قاعدة قطعية تخصص الأدلة بمثلها ـ تجيز ذلك.

وللأحناف تقسيم للاستحسان يضيف إليه أنواعاً جديدة هي: ـ

أ ـ الاستحسان بالنص:

ومثاله الحديث الوارد في صحة صوم من أكل أو شرب ناسياً، فإن القياس بمعنى القاعدة العامة يوجب الإفطار بكل ما وصل إلى الجوف.

والذي نراه أن هذا النوع ليس من الاستحسان الفقهي في شيء، لأن الحكم قد ثبت بالنص، فالأحناف هنا يخلطون بين استحسان الشارع، وهو يثبت الحكم بالنص، وبين استحسان المجتهد وهو الدليل الذي نتحدث عنه. وللشارع أن يضيع ما يشاء من الأحكام العامة، ثم ينص على الاستثناء منها، وكل ما يفيده الفقيه من هذا الاستثناء بالنص، أنه دليل استثنائي لا يكون حكمه أصلاً للقياس الأصولي.

ب ـ الاستحسان بالقياس الخفي:

ويكون عند التعارض بين قياسين في مسألة واحدة، هنا لا بد من الترجيح بين قياس وقياس ترجيحاً أساسه قوة تأثير العلة ومثلوا له بحق المرور في الأرض الموقوفة، فالناظر في هذه المسألة يرى أن حق المرور يتنازعه شبهان: شبه بالبيع وشبه بالإجارة.

فالحالة الأولى: تقضي بعدم دخول حق المرور في الأرض الزراعية الموقوفة، لأن الوقف يشبه البيع، بجامع أن كلاً من الوقف والبيع يخرج العين من ملك صاحبها، ولما كانت الأرض الزراعية إذا بيعت لا يدخل معها في البيع حق المرور إلا بنص فكذلك إذا وقفت هذه الأرض، ينبغي ألا يتبعها حق المرور إلا بالنص أيضاً وهذا قياس جلي.

الحالة الثانية: وهي أقل ظهوراً من الأولى ـ أو خفية ـ فتقتضي دخول حق المرور في الأرض الزراعية الموقوفة، بناء على أن الوقف يشبه الإجارة في أن كلاً منهما يفيد ملك الانتفاع بالعين، فكما يدخل حق المرور مع الأرض إذا أجرت، فكذلك ينبغي أن يدخل هذا الحق مع الأرض إذا أوقفت وهذا قياس خفي.

غير أن هذه الوجهة الخفية تَرْجُح القياس الجلي لأن نظر المجتهد في الحالتين أفضى به إلى أن المقصود من الوقف هو انتفاع الموقوف عليهم وهذا لا يكون إلا بتوفير حق المرور، فعدل المجتهد عن الوجهة الظاهرة إلى الوجهة الخفية، وحكم بدخول حق المرور في الأرض الزراعية لما يقتضيه مقصود الانتفاع. فهذا العدول من المجتهد عن الحكم الأول وهو عدم دخول حق المرور في أرض الوقف، إلى الحكم الثاني وهو دخول حق المرور في الوقف، هو من الاستحسان بالقياس الخفي، إذْ رجحناه على القياس الجلي.

ج ـ الاستحسان للضرورة:

ويقوم على ضرورة موجبة، أو مصلحة تلزم المجتهد بترك القياس، دفعاً للحرج.

ومثال ذلك أن القاعدة العامة عدم صحلة التبرع من المحجور عليه، ولكن العلماء قالوا بغير ذلك، وحكموا أن المحجور عليه للسفه تصح وصيته في وجوه الخير استحساناً، والذي رجح هذا الاستحسان أن المقصود من الحجر حفظ مال المحجور عليه، لكيلا يضيع ماله، والوصية في سبيل الخير من أعمال البر، وإن كانت تندرج تحت التبرع، إلا أنها لا تنافي حفظ المال، لأنه تأتي بخير آخر في الآخرة، ولأنها لا تفيد الملك إلا بعد الوفاة، فاستثنيت من القاعدة العامة بعدم صحة التبرع من المحجور عليه، وهذا الاستثناء من القاعدة العامة يعد استحساناً بالمعنى الأصولي.

٣ ـ الصحابة والاستحسان:

فقه الصحابة فيه كثير من الوقائع التي حكموا فيها بالاستحسان، فقد حكموا بإرث المرأة التي طلقها زوجها في مرض موته مع أن الأصل انتهاء الإرث بانتهاء العلاقة الزوجية لزوال الموجب للميراث وهو الزوجية.

كما قضوا بتضمين الصناع، والأصل ألا يضمن الأمين إلا بالتعدي أو التقصير.

وحكموا بتأبيد تحريم المرأة التي تزوجت في عدتها على من تزوجها مع أن الأصل حل المعتدة للأزواج إذا انتهت عدتها لا فرق بين شخص وآخر ممن تحل لهم.

وحكموا بمشاركة الأخوة الأشقاء الإخوة لأم من سهمهم في الميراث، في المسألة المشتركة، وهي ما إذا توفيت عن زوج وأم وأخوين لأم وأخوة أشقاء. مع أن الأصل بمقتضى الدليل أن العاصب لا يرث إلا بعد استيفاء أصحاب الفروض.

فهذه الأحكام والفتاوى صدرت من الصحابة تطبيقاً لمبدأ الاستثناء بناء على ما اقتضته المصلحة، وهو ما يصدق عليه تعريف الاستحسان عند القائلين به[(١)].

---

(١) .محمد مصطفى شلبي: أصول الفقه، مرجع سابق ص ٢٦٨.

٤ ـ حجية الاستحسان:

أ ـ المذاهبة السنية عدا الشافعية، يقولون بالاستحسان، ويرونه حجة في استنباط الأحكام الشرعية، ويستندون إليه في كثير من الجزئيات المتناثرة في موسوعات الفقه الإسلامي.

وقد أكثر الأحناف والمالكية من استخدامه، واستند إليه الحنابلة بصورة أضيق ولكنهم جميعاً قالوا به، لأن صحابة رسول اللهﷺ ثبت عنهم العمل بالاستحسان، ولأن ديمومة الشريعة وما في مبادئها الكلية من رفع للحرج يستدعي وجود الاستحسان.

ويقول بالاستحسان الزيدية من الشيعة ويعتبره جمهورهم دليلاً في استنباط الأحكام، ويقترب الاباضية من هذا الاتجاه، ولكنهم يعتبرونه نوعاً من الاستدلال.

ب ـ نفاة الاستحسان:

أما نفاة الاستحسان فيأتي في مقدمتهم الإمام «الشافعي» فهو يرى أن من استحسن فقد شرّع ويرد الاستحسان بعدد من الأدلة.

. **أولها**: أن الاستحسان تشريع بالهوى وهو مردود في الكتاب والسنة والإجماع.

ثانيهما: أن الاعتداد بالاستحسان يحدث فوضى في الأحكام الشرعية، فهذا يستحسن، وغيره يقلد، فيكثر الاضطراب في الفتوى، وتتعدد الأحكام في المسألة الواحدة.

أما الشيعة الإمامية فإنهم يوردون الاستحسان في فروعهم الفقهية، ولكنهم لا يرونه أصلاً في مقابل الكتاب والسنة والإجماع.

أما الظاهرية فإنهم ينكرون الاستحسان كما أنكروا القياس، من قبل، بل إن إنكارهم الاستحسان يعد من باب أولى، قال ابن حزم «احتج القائلون بالاستحسان بقوله تعالى: ﴿**الذين يستمعون القول فيتبعون أحسنه**﴾ وهذا الاحتجاج عليهم لا لهم، لأن الله لم يقل: فيتبعون ما استحسنوا بل قال:

فيتبعون أحسنه، وأحسن الأقوال ما وافق القرآن الكريم وكلام رسول الله ﷺ، فالحق حق وإن استقبحه الناس، والباطل باطل وإن استحسنه الناس.

وأصح ما يقال في أمر القياس أن الاستدلال به وارد في الشريعة، وأن الخلاف حول حجيته هو خلاف في معناه وليس خلافاً في الاستدلال به، لأن كتب الفقه الإسلامي في كافة المذاهب أقامت عليه بعض فروعها الفقهية، يستوي في ذلك من أثبته كالأحناف والمالكية والحنابلة، ومن أنكره كالشافعية، أو تحفظ على بعض صوره كالشيعة الإمامية. ويبقى الاستحسان في نهاية الأمر دليلاً استثنائياً، يرفع حرج تعميم النصوص ودلائل الفقه في كل الحالات، لأن كل قاعدة لا بد أن يرد عليه الاستثناء، وهذا في قانون العقل ممكن، وفي الواقع العملي مشاهد ومعاش.

المطلب الثاني

سد الذرائع

الفعل الإنساني له غايات ووسائل، وقد يشتمل على الطاعة، وقد ينطوي على المعصية، ولا يصار إلى الطاعة إلا بأسباب، وكذلك المعصية لا يصار إليها إلا بأسباب، والنظر في الذرائع هو بحث في الأسباب وما تفضي إليه، والغايات ومدى تأثير أحكامها على الوسائل، أو كما يقول «ابن القيم» في كتابه «إعلام الموقعين» «لما كانت المقاصد لا يتوصل إليها إلا بأسباب وطرق تفضي إليها، كانت طرقها وأسبابها تابعة لها معتبرة بها، فوسائل المحرمات والمعاصي في كراهتها والمنع منها بحسب إفضائها إلى غاياتها وارتباطاتها بها، ووسائل الطاعات والقربات في محبتها والإذن بها بحسب إفضائها إلى غاياتها، فوسيلة المقصود تابعة للمقصود، وكلاهما مقصود، لكنه مقصود قصد الغايات، وهي مقصودة قصد الوسائل».

تعريف الذريعة:

الذريعة لغة الوسيلة التي يراد بها الوصول إلي شيء. وسدها معناه رفعها وحسم مادتها، بمنع هذه الوسائل ودفعها.

والذريعة في المعنى الاصطلاحي لها مفهوم عام، ومفهوم خاص.

أما المفهوم العام: فقد جاء في تعريف «ابن القيم» للذريعة «بأنها ما كان وسيلة وطريقاً إلى شيء».

والذريعة بهذا المعنى تستوعب ما كان وسيلة إلى الحرام أو الحلال، وهي كما يقول «القرافي» كما يجب سدها، يجب فتحها، وتجري عليها الأحكام التكليفية الخمسة من الوجوب والحرمة والندب والكراهة والإباحة. والأصل فيها أن الغايات تأخذ أحكام المقاصد، فالمقصد الممنوع تمنع

وسائله، والمقصد المطلوب تحل وسائل.

أما المفهوم الخاص للذريعة: فقد جاء في تعريف «الشاطبي» لها بأنها التوسل بما هو مصلحة إلى مفسدة.

وأغلب المذاهب الفقهية تتحدث عن سد الذرائع بهذا المعنى رفضاً أو قبولاً.

فالذريعة إذن في المعنى العام تعني أن كل ما يؤدي إلى واجب فهو واجب، وكل ما يؤدي إلى الحرام فهو حرام. وتعني في المعنى الخاص أن كل مصلحة تؤدي إلى مفسدة ينبغي سدها، ولا يتجاوز ذلك إلى ما يؤدي إلى المصلحة، فالمفهوم الخاص يقول بسد الذرائع فحسب، والمفهوم العام يقول بسد الذرائع وفتحها أيضاً.

أقسام الذرائع:

للفقهاء الذين كتبوا في فلسفة التشريع الإسلامي، تقسيمات مختلفة للذرائع «فالشاطبي» له تقسيم، و«القرافي» له تقسيم، وهناك تقسيم «لابن القيم».

أ ـ تقسيم «الشاطبي»[1]:

يقسم «الشاطبي» الذرائع إلى أربعة أنواع:

الأول: إذا كانت الذريعة تؤدي قطعاً إلى مفسدة كحفر الآبار في طريق المسلمين، وتسميم مصادر المياه.

الثاني: إذا كانت الذريعة تؤدي إلى مفسدة لا يغلب وقوعها، كمن يحفر بئراً في مكان لا يؤدي غالباً إلى مرور أحد فيه.

الثالث: أن يكون الفعل مؤدياً إلى المفسدة كثيراً بحيث يغلب على الظن الراجح أن هذا العمل يؤدي إلى مفسدة كمن يبيع السلاح إلى أفراد الشعب في وقت الفتن والاضطرابات.

---

(١) الموافقات، جـ ٢، ص ٣٤٨ ـ ٣٨٩.

الرابع: أن يكون الفعل مؤدياً إلى المفسدة ولكن لا يبلغ درجة الظن بأن المفسدة تترتب عليه دائماً كمسائل البيوع التي قد تفضي إلى الربا. ومنها بيوع الآجال.

ب ـ «تقسيم القرافي»[1]:

يقول «القرافي»: وأما الذرائع فقد أجمعت الأمة على أنها ثلاثة أقسام: ـ

الأول: معتبر إجماعاً كحفر الآبار من طريق المسلمين وإلقاء السم في أطعمتهم ومثاله المعاصر بقع الزيت في مياه الخليج.

الثاني: ملغى إجماعاً كزراعة العنب فإنها لا تمنع خشية الخمر، والشركة في سكنى الدار فإنها لا تمنع خشية الزنى.

الثالث: مختلف فيه كبيوع الآجال اعتبرناها نحن ـ أي المالكية ـ من الذريعة وخالفنا غيرنا.

جـ ـ تقسيم «ابن القيم»[2]:

قسم ابن القيم الذرائع إلى أربعة أقسام:

الأول: الوسائل الموضوعة للإفضاء والمفسدة قطعاً كشرب المسكر المفضي إلى مفسدة السكر بإضاعة العقل، والقذف المفضي إلى هتك الأعراض، والزنى المفضي إلى اختلاط الأنساب وإفساد الفراش، وليس لهذه الأفعال ظواهر غير الإفضاء إلى مفسدة.

الثاني: الوسائل الموضوعة للمباح، ويقصد فاعلها الوصول عن طريقها إلى مفسدة، كمن يعقد زواجاً يقصد به التحليل، أو بيعاً يهدف منه إلى الربا.

الثالث: الوسائل الموضوعة للمباح، ولم يقصد فاعلها المفسدة،

---

(١) شرح تنقيح الفصول: ص ٢٠٠.

(٢) اعلام الوقعين جـ ٣ ص ١٤٧.

ولكنها تفضي غالباً إلى مفسدة، ومفسدتها أرجح من مصلحتها، ومثالها سب آلهة المشركين فيأتي رد الفعل سباً في ذات الله جلّ في علاه.

الرابع: الوسائل الموضوعة للمباح، وتفضي إلى مفسدة كما تفضي إلى مصلحة، ولكن المصلحة فيها أرجح من المفسدة، كالنظر إلى المخطوبة، والنظر إلى المشهود عليها للتعرف، والنظر إلى الطالبة في قاعة الامتحان للتأكد من شخصيتها.

والذي نراه أن تقسيم «الشاطبي» هو الأولى بالاعتبار، لأن تقسيم «القرافي» فيه إجمال يؤدي إلى غموض أقسامه، وتقسيم «ابن القيم» يخلط بين الوسائل والمقاصد، والذريعة أساسها إباحة الوسائل في حد ذاتها، وتجيء الحرمة والكراهة من طريق المقاصد.

ويمكن تقسيم الذرائع إلى ذرائع موضوعية المفسدة فيها ترتبط بالوسيلة ذاتها كتسميم مصادر المياه، وتصدير الأطعمة الفاسدة، وذرائع ذاتية، المفسدة فيها تعود إلى قصد الفاعل، كالزواج بقصد التحليل - زواج المحلل - أو استئجار شقة بقصد مخالفة الآداب العامة.

والتقسيم الذي نراه يتفادى كثيراً من عيوب التقسيمات السابقة، ويبرر الصلة الجوهرية بين الغايات والوسائل بما يجعل حرمة الوسائل تقوم على سند من العقل والنقل.

٣ ـ حجية سد الذرائع:

الذين يثبتون سد الذرائع ويرونه من الأدلة الشرعية يستندون إثباتهم بما يلي:

أ ـ الدليل من القرآن:

في القرآن الكريم آيات كثيرة يفسرها البعض على أنها إقرار من الشارع لإعطاء الوسائل حكم المقاصد منها: -

قوله تعالى: **﴿ولا تسبوا الذين يدعون من دون الله فيسبوا الله عدواً بغير علم﴾**.

وقوله تعالى: ﴿ولا يضربن بأرجلهن ليعلم ما يخفين من زينتهن﴾.

وعند «ابن القيم» آيات كثيرة يعتبرها سنداً لسد الذرائع في القسم الذي يراه محرماً منها.

ب ـ الدليل من السنة:

ذكر «ابن القيم» ما يقارب مائة آية وحديث تدليلاً على صحة ما يقول به من أن الشارع يعطي الوسائل ـ وقد ثبت ذلك عنده بالاستقراء ـ دائماً حكم ما تفضي إليه.

ومنها في السنة أن النبيﷺ نهى الدائن عن قبول هدية من المدين لئلا يتخذ ذلك ذريعة إلى تأجيل الدين فيصبح رباً، ومن ذلك قوله عليه الصلاة والسلام: «لا يحتكر إلا خاطىء». لأن الاحتكار ذريعة إلى رفع الأسعار وهذه مفسدة ينبغي ردها.

وفي الفروع الفقهية مسائل جزئية كثيرة، ليست إلا تطبيقات لمبدأ سد الذرائع، منها أن المريض مرض الموت إذا طلّق زوجته طلقة بائنة لا تحرم من الميراث وهذا هو الأصل لأنه بطلاقه البائن يقطع سببية الإرث، ولكنهم قالوا بذلك باعتباره فاراً من إرثها حتى لا يتخذ ذلك سبيلاً وذريعة لحرمان المرأة من الميراث.

٤ ـ موقف الفقهاء من سد الذرائع:

لا خلاف بين الفقهاء على أن ما يؤدي قطعاً أو غالباً إلى مفسدة، فإنه يسد اتفاقاً سواء قالوا باعتبار الذرائع دليلاً أو ألحقوها بدليل آخر، وإنما الخلاف في الصور الأخرى، فقد اختلفت آراء الفقهاء فيها على ثلاثة مذاهب: ـ

أ ـ المذهب الأول:

ويقول به المالكية والحنابلة، ويرون سد الذرائع حجة ودليلاً شرعياً تبنى عليه الفروع، وطريقة من طرق استنباط الأحكام.

والمالكية يأخذون به في الفروع كثيراً، يقول «القرافي»: «متى كان

الفعل السالم عن المفسدة وسيلة إلى المفسدة منع مالك» من ذلك الفعل في كثير من الصور.

ويميل الإمام «الشوكاني» إلى الأخذ بهذا المذهب استناداً إلى حديث رسول الله ﷺ «من وقع في الشبهات وقع في الحرام».

ب ـ المذهب الثاني:

ويقول به الأحناف والشافعية حيث يرونه غير حجة في استنباط الأحكام، وإن كان استقراء فروعهم الفقهية يدل على الأخذ به دون إعطائه اسم سد الذرائع.

أما الظاهرية فإنهم يرفضون سد الذرائع استكمالاً لموقفهم من منع الاجتهاد واعتباره أخذاً للدين من الرأي وهو مذموم، فعدم القول بسد الذرائع عندهم مفهوم على هذا الوجه.

جـ ـ المذهب الثالث:

ويقول به «القرافي» من المالكية، و«ابن القيم» من الحنابلة، وهو عند التحقيق رأي الشيعة الإمامية، حيث يعد سد الذرائع عندهم من باب المقدمات أي أن حكم الوسائل هو حكم ما أفضت إليه، ولكنه لا يعد دليلاً مستقلاً في مواجهة الأدلة الأخرى.

والذي نراه هو التأكيد على ما انتهى إليه عالمان من كبار علماء المسلمين المعاصرين أحدهما سني والآخر شيعي.

يقول الأول، وهو العلامة الشيخ «محمد أبو زهرة»: «ونحن نميل إلى أن العلماء جميعاً يأخذون بأصل الذرائع، وإن لم يسموه بهذا الإسم، ولكن أكثرهم يعطون الوسيلة حكم الغاية إذا تعينت طريقاً لهذه الغاية، فلم تكن طريقاً لغيرها على وجه القطع أو غلبة الظن».

ويقول الثاني، وهو العلامة «محمد تقي الحكيم»: «والخلاصة أن جل من تعرفنا عليهم من الأصوليين ـ شيعة وسنة ـ باستثناء بعض محققيهم من المتأخرين، هم من القائلين بسد الذرائع وفتحها، وإن لم يتفقوا في

حدود ما يأخذونه منها وما يتركونه».

والحقيقة في نظرنا أن سد الذرائع بمعناه العام لا يرد، لأن بنية تلازم مع حكم الشارع وكما يقول «ابن القيم»: «إذا حرم الرب تعالى شيئاً وله طرق ووسائل تفضي إليه، فإنه يحرمها ويمنع منها تحقيقاً لتحريمه وتثبيتاً له ومنعاً من قرب حماه، ولو أباح الوسائل والذرائع المفضية إليه، لكان ذلك نقضاً للتحريم وإغراء للنفوس به، وحكمته تعالى، وعلمه يأبى ذلك كل الإباء».

أما سد الذرائع بالمفهوم الخاص والذي هو وجه وحيد من الذرائع، المصلحة فيه تؤدي إلى المفسدة فإنهَ ليس إلا الوجه السلبي من المصلحة التي هي درء مفسدة وجلب منفعة.

المطلب الثالث

قول الصحابي

الصحابي هو من لقي الرسول وآمن به، فالإيمان هو الشرط الأساسي في الصحبة، لأن الرسول التقى في حياته بكثيرين منهم من آمن معه، ومنهم من حاربه وكفر به. ومنهم من جادله أو جاء سفيراً إليه. وكلهم قابل الرسول والتقى، به، ولكن أصحابه هم من آمنوا به وامتحنوا معه.

١ ـ تعريف الصحابي:

للصحابي تعريفات في علم الحديث، وأخرى في علم الأصول، ولكلٍ وجه واعتبار.

فالصحابي عند المُحدِّثين هو كل شخص رأى النبيﷺ وآمن به، طالت صحبته أو لم تطل.

والصحابي في عرف علماء الأصول هو كل شخص لقي النبيﷺ وآمن به ولازمه زمناً طويلاً حتى صار يطلق عليه اسم الصاحب.

فعلى التعريف الأول ـ وهو تعريف المحدثين ـ فكل من أسلم في عصر الرسول فهو من الصحابة صغيراً كان أم كبيراً، طالت صحبته أم قصرت.

وعلى التعريف الثاني ـ وهو الراجح عند الأصوليين ـ يختص بالصحبة من عاشوا زمناً طويلاً مع الرسول بعد أن آمنوا به ولازموه، فصاروا بذلك أصحاباً له.

والمقصود بقول الصحابي أو مذهبه، هو ما يصدر عنه من قول أو فعل يتعبد به دون أن يعرف له مستند.

ذلك أن الصحابة هم نقلة حديث رسول الله، وحفاظ سنته، فما صدر

عنهم نسبة إلى رسول الله فهو من السنة، وما صدر منهم في الأمور التي لا تعرف بالعقل، أو لا يعرف لها إسناد، فهي أقوال لهم ألزم كل واحد بها نفسه، ولم يلزم بها غيره من الصحابة، فهل يلتزم من جاء بعدهم بها؟.

٢ ـ حجية قول الصحابي[١]:

أقوال الصحابة وفتاواهم باعتبار الحجية على نوعين:

أ ـ النوع الأول:

وهو أقوال الصحابة التي لا سبيل إلى معرفتها بالعقل والاجتهاد، وإنما تقوم على السماع لا الرأي، فهذه حجة عند أغلب المذاهب، لأنها كما يقول البعض في حكم الحديث المرفوع إلى الرسول ﷺ. ويمثلون لذلك بفتوى «ابن مسعود» بأن أقل مدة الحمل ثلاثة أيام، وبفتوى عائشة بأن أكثر مدة الحمل سنتان. فهذه أحكام لا دخل للعقل فيها؛ والراجح أنها سمعت عن رسول الله ﷺ.

ب ـ النوع الثاني:

وهي أقوال الصحابة فيما هو مجال للرأي والاجتهاد، ومجال للاتفاق والاختلاف، وهي على قسمين: ـ

الأول: ما نقل إلينا من قول الصحابي، دون أن ينقل لنا مخالف له من الصحابة، وقد قال أكثر الأصوليين بحجيته لأنه يدخل في باب الإجماع السكوتي، فهو حجة لا باعتباره قولاً لصحابي، وإنما لأنه إجماع عند القائلين بحجية الإجماع السكوتي.

الثاني: القول الصادر من الصحابي عن اجتهاد ورأي، وقد جرى خلافه بين الصحابة. وهو على التحقيق قول الصحابي بالمعنى الأصولي الدقيق، وقد اختلاف الفقهاء في حجية هذا القول للصحابي إلى ثلاثة أقوال: ـ

---

(١) د. مصطفى إبراهيم: أسباب اختلاف الفقهاء، بغداد ١٩٧٦، ص ٤٧٣ ـ ٤٧٨.

القول الأول: أنه حجة مطلقاً وهذا هو مذهب «مالك» و«الشافعي» في القديم و«أحمد» في رواية وبعض أصحاب «أبي حنيفة»، وقالوا إنه يقدم على القياس عند التعارض.

وقد احتج أصحاب هذا الرأي بأدلة من الكتاب والسنة والإجماع هي:

من القرآن الكريم: قوله تعالى: **﴿كنتم خير أمة أخرجت للناس تأمرون بالمعروف وتنهون عن المنكر﴾**.

ووجه الدلالة في الآية أنه خطاب إلى الصحابة بأن ما يأمرون به هو المعروف، والأمر بالمعروف واجب، فمذهب الصحابي واجب اتباعه، ويناقش الدليل بأن الخطاب عام للأمة الإسلامية، وإن سلمنا أنه ورد بخصوص الصحابة، فهو خطاب للمجموع فلا يدل على حجية قول واحد منهم.

ومن السنة النبوية: قولهﷺ: «أصحابي كالنجوم بأيهم اقتديتم اهتديتم». ويناقش بضعف الحديث، ثم إنه لا دلالة فيه على عموم الاقتداء في كل ما يصدر عنهم.

ومن الإجماع: أن «عبد الرحمن بن عوف» ولى «علياً» عنه الخلافة بشرط الاقتداء بالشيخين فأبى، وولى «عثمان» فقبل ولم ينكر عليه ذلك منكر فصار إجماعاً.

ويناقش بأن الصحابة لم ينكروا على «عبد الرحمن» «وعلي» لأنهم حملوا الاقتداء على المتابعة في السيرة والسياسة دون المتابعة في المذهب، للإجماع على أن مذهب الصحابي ليس حجة على الصحابي.

القول الثاني: إنه لا يكون حجة مطلقاً، وقال به من المتكلمين الأشاعرة والمعتزلة، ومن الفقهاء «الشافعي» في الجديد، و«أحمد بن حنبل» في إحدى الروايتين عنه، وقال به بعض الشافعية، «كالغزالي» و«الرازي» و«الآمدي»، وبعض الأحناف، «كالجصاص» و«أبو الحسن الكرخي». وإليه ذهب الاباضية في الصحيح من مذهبهم. والشيعة الجعفرية و«الشوكاني» من الزيدية.

ولهم أدلتهم من القرآن وأقوال الصحابة والمعقول.

أما أدلتهم من القرآن الكريم: فقوله تعالى: **﴿فإن تنازعتم في شيء فردوه إلى الله والرسول﴾**، ووجه الدلالة أنه أوجب عند الاختلاف الرجوع إلى الكتاب والسنة، فالرد إلى مذهب الصحابي ترك للواجب، ويناقش الدليل بأن الرجوع إلى مذهب الصحابي، يكون عند عدم الدليل من الكتاب والسنة، فلا يصح الاحتجاج بالآية.

أما أدلتهم من أقوال الصحابة: فقولهم إن الصحابة قد اتفقوا على جواز مخالفة الصحابة فلم ينكر «أبو بكر» و«عمر» على من يخالفهما في اجتهاده، فلو كان مذهب الصحابي حجة لوجب على كل واحد منهم اتباع الآخر، ويناقش الدليل بأنه محل الخلاف إنما هو في حجية مذهب الصحابي على غير الصحابي وعلى من أتى بعدهم.

أما أدلتهم من العقل: فيلخصها قول الإمام «الغزالي» عن قول الصحابي: «ذهب قوم إلى أنه حجة مطلقاً، وقوم إلى أنه حجة إذا خالف القياس، وقوم الحجة في قول أبي بكر وعمر، وقوم الحجة في قول الراشدين، والكل باطل عندنا، فإن من يجوز عليه الغلط والسهو ولم تثبت عصمته فلا حجة في قوله.

ويناقش الإمام «الغزالي» بأن القائلين بمذهب الصحابي وحجيته لا يريدون القول بعصمة الصحابة، وإنما يكتفون بثبوت عدالتهم عندهم، ولو أرادوا إثبات العصمة لاعتبروه من السنة كما اعتبره الإمام «الشاطبي».

القول الثالث: وهو التفصيل الآتي.

فقد ذهب البعض إلى حجية قول الصحابي إذا خالف القياس وإلا فلا، وبه قال «ابن حنبل»، وأصحابه وبعض الحنفية، وقال غيرهم الحجية في أقوال الراشدين جميعاً، وقال «الشافعي» في كتاب «الرسالة»: هو حجة إذا انضم إليه القياس، فهو يقدم على القياس الذي ليس فيه قول لصحابي، ظاهر مذهب الحنفية أن القياس حجة فيما لا يدرك بالقياس، واستدلوا بأنه لا وجه له إلا السماع أو الكذب، والكذب عنهم منتف.

وقد استدل من قال بحجية قول الخلفاء الراشدين دون غيرهم، بقوله ﷺ: «عليكم بسنتي وسنة الخلفاء الراشدين من بعدي عضوا عليها بالنواجذ». ووجه الدلالة أنه مفهومه يدل على أنه غيرهم ليس كذلك، فتنحصر الحجية في أقوالهم، ويناقش بأن المراد الجري على طريقتهم من طلب الصواب، لا تقليد مذهبهم، بالإضافة إلى عدم ثبوت نسب الحديث.

أما الشيعة الإمامية فإن قول الصحابة عندهم حجة لا بذاته بل باعتبار نسبته إلى آل البيت، ومذهب آل البيت حجة لأن أقوال المعصوم وأفعاله وتقريراته من السنة. فلا حجية لقول الصحابي عند الشيعة الجعفرية، أما حجية مذهب آل البيت فهو فرع من حجية السنة بإطلاق.

المطلب الرابع

شرع من قبلنا

الشرائع السماوية كلها من الله، لا يناقض بعضها بعضاً لأنها لبنات من بناء متكامل، وقد شاءت سنة الله في الخلق أن تجيء أحكامه للناس على مراحل، وأن يتعدد أنبياؤه ورسله، فكانت شرائع إبراهيم وموسى وعيسى، شرائع إلهية سبقت الإسلام، وفيها أحكام ملزمة بعضها عقائدي تكاد تتفق عليه الأديان جميعاً، وبعضها عملي قد يختلف من شريعة إلى أخرى بالبيان والنسخ، وكل شريعة تأمر وتنهي، وقد تأمر بما جاء في سابقتها وقد تزيد عليه، وقد تنهى عما جاء في سابقتها وقد تخفف منه، وقد تحكي الشريعة اللاحقة أحكام الشرائع السابقة، دون أن تأمر بها ودون أن تنهى عنها، وفي هذه المساحة يتحدث الأصوليون عن شرع من قبلنا، ويقدمون له بحديث عن رسول الله ﷺ، وهل كان متعبداً بشرع قبل البعثة؟

١ ـ تعريف شرع من قبلنا:

هو مجموعة الأحكام العملية التي وردت في الشرائع السماوية السابقة على الإسلام، وحكاها النص الإسلامي، ولم يعرض لها بإلغاء أو إبقاء.

وشرح التعريف، أن شرع من قبلنا في الاصطلاح الأصولي نعني به الأحكام العملية فيه، لا الأحكام العقائدية لاعتبارين: ـ

الأول: أن وحدة الأديان الإلهية توجب اتفاق العقائد في الجملة.

الثاني: أن الفقه يتعلق بالأحكام العملية، ويقوم على أساس من افتراض قطعية ثبوت العقائد.

وقولنا التي وردت في الشرائع السماوية، يستبعد من شرع ما قبلنا القوانين القديمة في بابل وآشور ومصر وعند الإغريق والرومان، فكلها

قواعد ملزمة لأصحابها، وكلها شرع كان قبل الإسلام ولكنها لا تدخل في مضمون شرع ماقبلنا بمعناه في علم أصول الفقه.

وقولنا وحكاها النص الإسلامي، يستبعد الأحكام التي وردت في الشرائع الإسلامية السابقة ولم يرد له ذكر في القرآن الكريم أو السنة النبوية الشريفة وذلك لاعتبارين: ـ

الأول: دخول التحريف إلى كتب هذه الشرائع، فما لم ينقل إلينا عبر طريق القرآن والسنة، لا سبيل إلى فصل الصحيح منه عن الدخيل عليه.

الثاني: أن قيام الحجة لا تكون إلا بورود أصلها في الدليل القطعي، ولا قطعية إلا في بيان القرآن والسنة الثابتة. وما لم يرد به النص، لا تقوم حجيته بالاحتمال.

وقولنا لم يعرض لها بإبقاء أو إلغاء أي أن القرآن لم يأمر بها بما يقطع بكونها شرعاً لنا فتستمد حجيتها من القرآن، لا من كونها من أحكام الشرائع السابقة، ولم يعرض لها بإلغاء سواء جاء الإلغاء صريحاً بإنكارها والنهي عن العمل بها، أو جاء الإلغاء ضمنياً بتنظيم موضوعاتها بأحكام جديدة تناقض ما كان أو تحدد مجالات عمله.

٢ ـ هل كان الرسول يتعبد بشرع قبل الإسلام:

عرفت الجزيرة العربية قبل الإسلام أدياناً سماوية، ففيها إثارة من دين إبراهيم، وفيها أتباع لليهودية والمسيحية، فهل دخل الرسول قبل البعثة في أحد هذه الشرائع؟

الذي نأنس إليه أن الرسول قبل الرسالة كان يعرف ربه، ويبحث عن طريق إليه، والعقل لا يقضي بإمكان ذلك بل بوجوبه، لأن الرسول يصنع على عين من الخالق الذي اصطفاه واختاره لحمل أعباء الرسالة، ولعل أبوة «إبراهيم» عليه السّلام للأنبياء جعلت دينه أقرب إلى حياة الرسول قبل البعثة، ولكنه اتصل بها اتصال فطرة تؤمن بالخالق وتبحث عن سبيل إليه، وليس اتصال إيمان بدين يعرف أحكامه ويلتزم بتشريعاته.

٣ ـ أقسام شرع من قبلنا:

سبق أن قلنا أننا لا نقصد بشرع من قبلنا مطلق الأحكام الواردة في شرائع الله قبل الإسلام، وإنما الأحكام التي ورد ذكرها في الكتاب والسنة، وهذه تنحصر في ثلاثة أنواع: ـ

أ ـ أحكام سابقة كلفنا بها الشارع:

ولا خلاف بين العلماء من أنها شرع لنا كما هي شرع من قبلنا، ولكن حجيتها تجيء من تكليف الشارع مجدداً لنا بها في الإسلام، وليس امتداداً للتكليف السابق في شرع من قبلنا. ومثال ذلك قوله تعالى: **﴿يا أيها الذين آمنوا كتب عليكم الصيام كما كتب على الذين من قبلكم لعلكم تتقون﴾**.

فالصيام هنا تكليف مجدد، أقرته شريعتنا، فهي مصدر حجيته لأنها أقرت أصله وغيرت شكله، بتحديد زمانه وتثبيت هيئته، ومثال ذلك من السنة قوله ﷺ: «ضحوا فإنها سنة أبيكم ابراهيم» ومشروعية الأضحية هنا مصدرها النص الإسلامي من السنة. وليس ورود حكم الأضحية في شريعة إبراهيم عليه السّلام.

ب ـ أحكام سابقة ألغاها الشارع:

وهي التي ثبت نسخها بدليل شرعي من كتاب أو سنة، وهذه ارتفع التكليف بها، فهي ليست شرعاً لنا بلا خلاف. فلا يلزم العمل بها ولا اتباعها.

مثال ذلك في قوله تعالى: **﴿قل لا أجد فيما أوحي إليّ محرماً على طاعم يطعمه إلا أن يكون ميتة أو دماً مسفوحاً أو لحم خنزير، فإنه رجس أو فسقا أهل لغير الله به، فمن اضطر غير باغ ولا عاد فإن ربك غفور رحيم، وعلى الذين هادوا حرمنا كل ذي ظفر ومن البقر والغنم حرمنا عليهم شحومها إلا ما حملت ظهورها أو الحوايا أو ما اختلط بعظم ذلك جزيناهم ببغيهم وإنا لصادقون﴾**.

ومثاله من السنة قوله ﷺ: «أعطيت خمساً لم يعطهن أحد قبلي: نصرت بالرعب مسيرة شهر، وجُعلت لي الأرض مسجداً وطهوراً، فأيما

رجل أدركته الصلاة من أمتي فليصلّ. وأحلت لي الغنائم ولم تحل لأحد قبلي، وكان كل نبي يبعث إلى قومه خاصة وبعثت إلى الناس عامة».

فتحريم الغنائم في الشرائع السابقة ليس شرعاً لنا لورود الحكم الشرعي في شرعنا بنسخه، وحل أخذ الغنائم التي يحوزها المحاربون في الجهاد الإسلامي.

جـ ـ أحكام حكاها الشارع دون إلغاء أو إقرار:

وهذه في الحقيقة هي شرع من قبلنا كما يقصده الأصوليون، ومثال ذلك في القرآن الكريم قوله تعالى: ﴿**وكتبنا عليها أن النفس بالنفس، والعين بالعين والأنف بالأنف والأذن بالإذن والجروح قصاص، فمن تصدق به فهو كفارة له ومن لم يحكم بما أنزل الله فأولئك هم الظالمون**﴾ فهذا أخبار بأحكام القصاص في بني إسرائيل دون إنكار أو إقرار.

٤ ـ حجية شرح من قبلنا:

القسم الثالث هو الذي نبحث عن حجيته، وقد ثار خلاف بصدده بين علماء الأصول منهم من أثبته وصحح العمل به، ومنهم من نفاه ورفض القول بحجيته ولكل منهم أدلته الفعلية والنقلية:

أ ـ القائلون بحجية شرع من قبلنا:

وقد نقل هذا الرأي عن أصحاب «أبي حنيفة»، وعن بعض أصحاب «الشافعي» وعن «أحمد» في إحدى روايتيه، ويقول به أيضاً معظم المالكية.

فهؤلاء جميعاً يرون شرع من قبلنا شرعاً لنا، فحكايته في نصوصنا ليست لمجرد الإخبار، وإنما هي للاتباع والعمل، واستدلوا لذلك بالكتاب والسنة. وعرضوا عدداً من الآيات والأحاديث منها: ـ

استدلوا لذلك من القرآن الكريم بقوله تعالى وهي يتحدث عن النبيين: ﴿**أولئك الذين هدى الله فبهداهم اقتده**﴾.

فهذا أمر من الله بالاقتداء بالرسل، ولا يتحقق ذلك بعد موتهم، إلا باتباع كتبهم وما فيها من أحكام.

وقد رد هذا الدليل بأن الهدى المأمور باتباعه في هذه الآية هو الدلائل الفعلية على التوحيد وليس الأحكام العملية التفصيلية. واستدلوا لذلك من السنة النبوية، أنه عليه السّلام قد استدل في بعض الأحكام بما ورد في الشرائع السابقة، فهو عليه السّلام يقول: «من نام عن صلاة أو نسيها فكفارتها أن يصلّيها إذا ذكرها»، ثم استدل بقوله تعالى: **﴿وأقم الصلاة لذكري﴾** مع أن هذه الآية خطاب مغ موسى عليه السّلام.

ويناقش الدليل بإن مصدر الحكم هو قول الرسول «لا شرع من قبلنا» واستدلالهﷺ بالآية من قبيل البحث عن العلة، أما تشريع الحكم فمنهﷺ، ومن السنة أيضاً، ثبت عن رسول اللهﷺ أنه رجع إلى التوراة في رجم يهودي، ورجوعه إلى التوراة دليل وجوب الحكم بما فيها. ويناقش الدليل بأنه محاجة لليهودي بما في دينه، ثم إن الرسول هنا قاضي، وحكمه على اليهودي بما في شريعته، والحديث عن حجية شرع من قبلنا على المسلمين، وليس على أصحاب الشرائع أنفسهم.

ب ـ المنكرون لحجية شرع من قبلنا:

وهو ما ذهب إليه جمهور الشافعية، وقال به الشيعة الإمامية، من الفقهاء، وهو ما ذهب إليه الأشاعرة والمعتزلة من المتكلمين، ولهم أدلة من الكتاب والسنة والعقل.

فمن أدلة القرآن قوله تعالى: **﴿فاحكم بينهم بما أنزل الله ولا تتبع أهواءهم عما جاءك من الحق لكل منكم جعلنا شرعة ومنهاجاً﴾**.

ووجه الدلالة أن كل رسول له شريعة خاصة، ومنهاج يتميز به فلا تكون الأحكام الواردة في شريعة أخرى حجة على رسول آخر.

ويناقش الدليل بأن الآية تحتمل المعنى وغيره، فالحكم بالشرائع السماوية الأخرى ليس في كل الأحوال حكماً بغير ما أنزل الله. ومن أدلتهم من السنة أن الرسول أمام الحوادث الجديدة، الأسئلة والاستفتاءات، لم يكن يرجع إلى الشرائع السابقة وإنما كان ينتظر الوحي أو يجتهد وهذا دليل على عدم إلزامه بما ورد فيها. وللإمام الغزالي مناقشة نقدية رصينة لآراء

القائلين بحجية شرع من قبلنا نوجزها فيما يلي:

استدل «الغزالي» لرفضه حجية شرع من قبلنا، بأن رسول اللهﷺ في حديث «معاذ»، «أنهﷺ لما أرسله إلى اليمن قال له: بم تحكم؟ قال: بالكتاب والسنة والاجتهاد، ولم يذكر التوراة والإنجيل وشرع من قبلنا، فزكاه رسول اللهﷺ وصوَّبه، ولو كان ذلك من مدارك الأحكام لما جاز العدول إلا الاجتهاد إلى بعد العجز عنه».

وهذا الاستدلال متين جداً ـ كما قيل ـ وإذا ضعّفه البعض فإنما من جانب رواية الحديث وليس من قوة الدليل ذاته.

واستدل «الغزالي» أيضاً بأن هذه الأحكام لو كانت شرعاً لنا لكان تعلمها وحفظها من فروض الكفايات كالقرآن والسنة ولرجع إليها الصحابة في مواضع اختلافهم، ولما لم يصح أخذ الصحابة بشيء من هذا، فهذا إجماع منهم على عدم حجيتها.

ويقول العلامة «محمد تقي الحكيم» في كتابه «الأصول العامة للفقه المقارن»[1]: إن هذا الاستدلال من أمتن الأدلة التي يمكن أن تساق في هذا المجال للقطع بمضمونه، بل ربما حوّل المسألة إلى كونها من الضروريات، والذي يصح عندنا أن شرع من قبلنا ليس دليلاً مستقلاً، فابتناء الأحكام عليه ـ حتى مع عدم الإقرار وعدم الإنكار ـ تعود إلى ذكر القرآن الكريم والسنة النبوية لها. فإذا كان ما ورد ذكره في الكتاب فهو راجع إلى الكتاب، وإذا كان مما عرضت له السنة فهو راجع إلى السنة.

وأفضل ما قيل في هذا الدليل المتوهم ما قاله الشيخ «محمد أبو زهرة»، فهو يرى أن الاعتداد بالنصوص التي تشتمل على الأحكام التكليفية التي حكيت عن الأمم السابقة، ووردت في شرعنا، الخلاف فيها خلاف لا موضوع له، إذ لا يخلو نص تكليفي ورد حكاية عن الأمم السابقة إلا وهو يحمل بين عباراته القرآنية ما يدل على الخصوصية والعموم، وإذا كان لا

(١) راجع ص ٤٣٢.

يوجد نص خال من الدلالة على الخصوصية أو العموم فإن الخلاف ليس له موضوع يجري فيه، إذ أن الدليل فيه على التخصيص ليس بحجة بالاتفاق، وما قام الدليل فيه على التعميم فالحجة فيما يدل عليه التعميم.

وهذه الحجة تجعل استبعاد شرع من قبلنا من أدلة الفقه الإسلامي، هي الأقرب إلى أدلة الشرع، وقواعد علم أصول الفقه.

المطلب الخامس

الاستصحاب

يقول الفقهاء إن الاستصحاب آخر مدار الفتوى، أي نهاية طريق المجتهد وهو يبحث عن الأدلة التي يستنبط منها الأحكام، ولأنه الدليل الأخير فهو الدليل الواقعي، لأنه لا بد للأشياء من حكم، وعندما لا تسعفنا الأدلة، يرشدنا الواقع إلى ما ينبغي عمله، ولهذا كان الاستصحاب ـ كما قيل بحق[1] ـ من الظواهر الاجتماعية العامة التي ولدت مع المجتمعات ودرجت معها، وستبقى ـ ما دامت المجتمعات ـ ضمانة لحفظ نظامها واستقرارها.

١ ـ تعريف الاستصحاب:

والاستصحاب في اللغة يعني الملازمة والمصاحبة، فتقول: «استصحبت في سفري الكتاب، أو الرفيق، أي جعلته مصاحباً لي، واستصحبت ما كان في الماضي أي جعلته مصاحباً إلى الحال».

والاستصحاب في الاصطلاح له تعريفات متعددة إلا أنها وإن كانت شتى يجتمعها مفهوم واحد هو الحكم ببقاء ما في الزمن الأول إلى الزمن الثاني. وهذا ملحوظ في كل تعريفات الاستصحاب، وأقرب تعريف إلى معناه هو ما أورده «السبكي» في «جمع الجوامع»، فقال: هو ثبوت أمر ـ في الزمن الثاني بناء على ثبوته في الزمن الأول لفقدان ما يصلح للتغيير.

ويوحي تعريفه بما قال به «الشوكاني» من أن «الاستصحاب هو آخر مدار الفتوى، فإن المفتي إذا سئل عن حادثة يطلب حكمها في الكتاب ثم السنة ثم في الإجماع ثم في القياس، فإن لم يجده يأخذ حكمها من

---

(١) محمد تقي الحكيم: الأصول العامة للفقه المقارن مرجع سابق ص ٤٥٩.

استصحاب الحال في النفي والإثبات، فإن كان التردد في زواله فالأصل بقاؤه، وإن كان التردد في ثبوته فالأصل عدم ثبوته.

وقد صيغ هذا المفهوم للاستصحاب في قاعدة فقهية هي، الأصل بقاء ما كان على ما كان حتى يثبت ما يغيره، ولهذا قيل عن الاستصحاب إن أدلته لا تتم حجيتها إلا بعد اليأس عن العثور على الأدلة الكاشفة عن الحكم الواقعي.

٢ ـ أركان الاستصحاب:

يرى العلامة «محمد تقي الحكيم»[1] أنه بالتأمل في تعريف الاستصحاب وجد أن أركانه سبعة هي: ـ

الأول: اليقين، ويريد به الأصوليون انكشاف واقع متعلقه وجداناً أو تعبداً.

الثاني: الشك، ويريدون به ما يقابل اليقين بمعنييه ـ الوجداني والتعبدي ـ فكل ما ليس بيقين فهو شك عندهم.

الثالث: وحدة المتعلق فيهما، أي أن ما يتعلق به اليقين، هو الذي يكون متعلقاً للشك لا غيره.

الرابع: فعلية الشك واليقين فيه، فلا عبرة بالشك التقديري لعدم صدق النقض به، ولا اليقين كذلك لعدم صدق نقضه بالشك.

الخامس: وحدة القضية المتيقنة والقضية المشكوكة في جميع الجهات، أي أن يتحد المحمول والموضوع، والنسبة والحمل والرتبة، وهكذا... ويستثنى من ذلك الزمان رفعاً للتناقض.

السادس: اتصال زمان الشك بزمان اليقين، بمعنى لا يتخلل بينهما فاصل من يقين آخر، كما هو مفاد تسلط النقض بالشك على اليقين.

---

(١) المرجع السابق ص ٤٥٤.

السابع: سبق اليقين على الشك ـ ولو كان سبقاً رتبياً ـ ليتم صدق عدم نقض الشك له.

فإذا اجتمعت هذه الأركان في موضع أمكن جريان الاستصحاب فيه وترتب حكمه بعد ثبوت حجيته، ومع تخلف بعضها لا يمكن جريانه أصلاً.

٣ ـ أنواع الاستصحاب:

يتنوع الاستصحاب إلى أنواع ثلاثة[١]:

أ ـ النوع الأول: استصحاب حكم الإباحة الأصلية:

وتكون عند عدم الدليل على أمر يراد معرفة حكمه مما لا يوجبه العقل: ضروري، ولا يمنعه: لما فيه من ضرر بنفسه أو بغيره، والمقرر لدى جمهرة الأصوليين أن الحكم الثابت للأشياء النافعة للإنسان هو الإباحة والإذن، ما لم يرد من الشارع فيها حكم معين، والدليل على ذلك النصوص القرآنية العامة، منها قوله تعالى: ﴿**وسخر لكم ما في السموات وما في الأرض**﴾، ومنها قوله تعالى: ﴿**هو الذي خلق لكم ما في الأرض جميعاً**﴾ لأن تسخير الشيء للإنسان أو خلقه من أجله لا يعني إلا إباحته.

ومقتضى عموم هذه النصوص وغيرها أن كل ما يوجد في هذا الكون سواء في المجال البري أو البحري أو الجوي يعتبر مباحاً مأذوناً فيه ما لم يرد نص من الشارع يدل على منعه وتحريمه.

ب ـ النوع الثاني في استصحاب البراءة الأصلية:

وهذا النوع ثابت، لأن الأحكام الشرعية لا تدرك بالعقل، ولكنه يدل على براءة الذمة من التكاليف قبل البعثة، وبراءتها بعد بعثة الرسول، فيما لم يرد بحكمه دليل من الشارع.

فإن جاء الرسول وأوجب خمس صلوات، فتبقى الصلاة السادسة غير

---

(١) عباس حمادة: أصول الفقه، ط ٢، القاهرة ص ٢٥٥ ـ ٢٥٧، ١٩٦٨.

واجبة، لا بتصريح النبي بنفيها، ولكن عدم وجوبها دليله استصحاب البراءة الأصلية، لأن قطع الرسول بالإيجاب كان قاصراً على الصلوات الخمس، فبقي حكم الصلاة السادسة على استصحاب النفي الأصلي أو البراءة الأصلية، لأن السمع لم يرد بها.

النوع الثالث: استصحاب ما دل الشرع على ثبوته لوجود سببه حتى يقوم الدليل على زواله، كثبوت الملك عند وجود سببه كالبيع والإرث، ولا يزول حتى يحكم بزواله، وكثبوت رابطة الزوجية فيحكم ببقائها حتى يقوم دليل الفرقة، وكتيقن الوضوء فلا يزول بالشك استصحاباً لوجودها في الزمن الأول.

٤ ـ حجية الاستصحاب:

من الصعب إنكار حجية الاستصحاب في جميع أنواعه، لأن حجيته في البعض منها يؤكدها استقراء الواقع، وملاحظة الشرائع. فلا خلاف بين الفقهاء على حجية الاستصحاب فيما دل الشرع والعقل على ثبوته ودوامه، حتى يزول بدليل معارض، فالزوجة زوجة حتى تثبت الفرقة، والملك ملك حتى يزول بدليل.

ولا خلاف في عدم الاحتجاج بالاستصحاب عن قيام دليل على خلافه من الكتاب والسنة أو الإجماع، ويلحق به الجمهور قيام دليل من القياس على خلافه.

ولا خلاف في استصحاب العدم الأصلي بدليل من الأحكام الشرعية، كبراءة الذمة في التكليف، حتى يقوم دليل شرعي على تغيره، وهذا حجة بالإجماع من القائلين بأنه لا حكم قبل اشرع.

أما استصحاب الحكم العقلي عند المُعتزلة، فإن العقل عندهم يحكم في بعض الأشياء حتى ورود دليل الشرع، وأهل السنة ينكرون هذا الاستصحاب، لأنه لا حكم للعقل في الشرعيات.

أما ما بقي من صور الاستصحاب فقد اختلف الفقهاء فيه على مذهبين: ـ

أ ـ المذهب الأول:

يثبت حجية الاستصحاب، ومن القائلين به الحنابلة والمالكية والظاهرية والزيدية والشيعة الإمامية وأكثر الشافعية، وهؤلاء يعتبرون الاستصحاب دليلاً سواء أكان في النفي أو الإثبات.

ب ـ المذهب الثاني:

ويمثله الأحناف لا يعتبرون الاستصحاب حجة إلا في مجال النفي، فهو عندهم حجة قاصرة على الجانب السلبي، يصلح للدفع فقط ولا يصلح حجة لإثبات الحكم الذي يستصحب.

وقد انبنى ـ كما قيل ـ على هذا الاختلاف في النظرة إلى قوة الاستصحاب والمساحة التي يشملها، الاختلاف في عدة مسائل من الفروع الفقهية.

مثال ذلك مسألة المفقود، فإذا كان الشخص مفقوداً لا تعلم حياته ممن موته، فالاستصحاب يقضي بأن يعطي حكم الأحياء حتى يقضي بوفاته، وله حكم الأحياء في الفترة بين الفقد والحكم بالموت، ولكن بناء على اختلاف وجهة نظر المذهب الأول عن الثاني، فإنه إذا ترجح عند القاضي موت هذا المفقود، فإنه يرث من مات من أقاربه حال غيبته عند الشافعية والحنابلة ومن وافقهم، استصحاباً لحياته التي كانت ثابتة بيقين قبل فقده.

أما عند الأحناف فإنه لا يرث لأن وجوده لم يكن ثابتاً بيقين وتوريثه في هذه الحال يكون من باب إثبات ما لم يكن. فالمفقود اعتبر حياً، استصحاباً للحال التي كانت ثابتة له عند فقده، ولكن هذه الحياة المعتبرة بالاستصحاب والتي صلحت لإثبات الحقوق له عند الشافعية والحنابلة، لم تصلح عند الحنفية أن تثبت له هذه الحقوق، من أخذ مال غيره بطريق الإرث والوصية أو غيرهما، ولكنها تصلح لأن تدفع عنه ما يترتب على وفاته، من توريث ماله لأقربائه وفراق زوجته وغير ذلك من الأحكام المترتبة على الوفاة.

والخلاصة أن الاستصحاب على الرأي الراجح دليل، ولكنه دليل لا يثبت حكماً جديداً، وإنما يستبقي حكماً موجوداً، وهو باب واسع يرفع الحرج عن الأمة والفقهاء، واستند إليه الفقهاء كلما ضاق بهم دليل، أو ضيقوا هم على أنفسهم برفض دليل، فالظاهرية وهم من نفاة القياس، نراهم في كل موضع يأخذ غيرهم فيه بالقياس، يأخذ الظاهرية في موضعه بالاستصحاب.

٤ ـ القواعد المبنية على الاستصحاب:

وقد بنى الأصوليون والفقهاء مجموعة من القواعد والضوابط بناء على نظرية الأخذ بالاستصحاب منها.

أ ـ اليقين لا يزول بالشك:

ومثالها إذا توضأ إنسان ثم مضى عليه وقت توهم فيه أو شك أنه نقض وضوءه، حكم ببقاء وضوئه لأنه طهارته متيقنة، فلا يحكم بزوالها بتوهم أو شك.

ب ـ الأصل بقاء ما كان على ما كان:

ومثالها أن يدعي إنسان على آخر بدين، فيقر المدعى عليه به، ثم يدعي انقضاءه بالأداء، فإنه يحكم ببقاء الدين، لأنه ثابت بالإقرار، إلا أن تقوم بينة للمدعى عليه بأداء الدين، فإنه يحكم ببراءته منه به، لأنها دليل قوي.

جـ ـ ما يثبت بزمان يحكم ببقائه ما لم يوجد دليل على خلافه:

ومثالها رجل أقام دعوى على آخر ذي يد بأن الدار التي في يده له، لم يحكم للمدعي بدعواه هذه ما لم يقم بينة، ذلك أن وضع اليد من الأول دليل الملك، فيحكم ببقاء ملكه عليها حتى يثبت العكس بدليل.

و ـ القديم يترك على قدمه:

والقديم هنا هو الذي لا يوجد من الأحياء من يعرف أوله، ومثاله لو كان لأحد الجيران نافذة على جاره قديمة لا يعرف أحد وقت إنشائها، وطلب الجار الآخر إغلاقها، فإنها لا تغلق، ويحكم ببقائها تركاً للقديم على قدمه.

الفصل الثالث

عصور الفقه الإسلامي

نقصد بالفقه الإسلامي مجموعة الأحكام الشرعية العملية التي تحكم حياة الناس منذ نزول القرآن وحتى يوم الناس هذا، ونقصد بعصوره حركة هذه الأحكام في الزمان، وملامحها ومصادرها في كل مرحلة زمنية، وينقسم الفقه إلى عصور باعتبارات مختلفة:

١ ـ فينقسم باعتبار سياسي إلى الفقه السائد في كل دولة عرفها تاريخ الإسلام منذ دولة الرسول الأولى في المدينة، إلى الدولة العثمانية في تاريخنا الحديث، وعلى هذا الأساس يصبح هناك فقه للدولة الأموية، وللدولة العباسية، وللدولة الفاطمية إلى غير ذلك.

وعيب هذا التقسيم أنه يهدد وحدة الفقه الإسلامي، ويقسمه إلى شظايا ترتبط بالسلطة السياسية أكثر من ارتباطها بالإسلام ذاته، وترتبط بالدولة أكثر من ارتباطها بالمجتمع، والفقه في الأصل مستمد من الإسلام وليس من حركة الواقع الإسلامي، وانقسام السلطة السياسية لم يؤثر كثيراً في الوجود الفقهي، بل إن بنية الفقه الإسلامي الموحدة رغم تنوع المذاهب تشهد بأن الأمراء كانوا في جانب يمسكون بدفة الحكم، والعلماء في جانب آخر يصنعون العقل الفقهي للأمة، ويصنعون الواقع المتحرك للناس على عين الشريعة الواحدة، وظهرت في العصور المتأخرة الدعوة إلى تبعيد العلماء من تقريب الأمراء، تأكيداً للدور المستقل للفقيه، وتأكيداً لفكرتنا عن أن تطور الفقه الإسلامي ونموه، كان ضعيف الصلة بتداول السلطة السياسية بين الفرق المتصارعة على أرض الإسلام.

٢ ـ وينقسم باعتبار جغرافي، تتحدد على أساسه السيادة الفقهية لكل مذهب، وهو تقسيم يرصد حركة الفقه المختلفة على أقاليم الإسلام السياسي، فيظهر التمايز بين الآراء،، وأثر المكان في عمل الفقيه، وتغير الآراء الفقهية بتبدل الأزمنة، وميزته أنه يدرس الفقه في حالة حركة، فيبدو الفقه في فترة سيادة المدينة غيره في فترة سيادة بغداد أو دمشق أو قرطبة أو القاهرة، ولكن عيب هذا التقسيم أنه يتمدد أفقياً في المكان، ولا يتحرك رأسياً في الزمان، إنه يرصد حركة فقهاء، لا مسيرة فقه، ويربط تاريخ الفقه بتاريخ المدن والعواصم الإسلامية، والأليق بتاريخ المدن طبقات الفقهاء عند رجال التراجم، أما تاريخ الفقه فهو مرتبط أساساً بالشريعة لا برجالها، بالمجتمع وليس بدوله المتعاقبة.

٣ ـ وينقسم باعتبار عقائدي ـ وهو ما يصلح لفقه الشيعة ـ إلى ثلاثة عصور، عصر ولاية الرسول، وعصر ولاية الأئمة، وعصر ولاية الفقيه، فعصر ولاية الرسول ينتهي بانقطاع الوحي، وعصر ولاية الأئمة ينتهي بانقطاع العصمة، وعصر ولاية الفقيه ينتهي بظهور الإمام. وعيب هذا التقسيم أنه لا يمكن تعميمه على الفقه الإسلامي كله، وأنه أكثر ارتباطاً بقضايا علم الكلام، والأصل أن الفقه وأصوله مجالهما الشريعة، والكلام وأصول الدين مجالهما العقيدة.

٤ ـ أما التقسيم الأخير ـ وهو الذي نقترحه ونرتضيه ـ فهو يقسم عصور الفقه باعتبار أصول الفقه ذاتها، فعصر التأسيس هو الذي تكاملت فيه أصول الفقه الأصلية الكتاب، ر لسنة والإجماع، وعصر الازدهار هو العصر الذي تجلت فيه خصوبة هذه الأصول وقدرتها على ضبط الواقع المتحرك في كل الاتجاهات من خلال مدارس فقهية لها مناهجها، ومذاهب فقهية لها أصولها وقواعدها. وأخيراً عصر التقليد حيث سيطرت أصول المذاهب وقواعدها على عمل الفقيه، واستبدلت بأصول الفقه الأصلية في الاستنباط المباشر الأصول المذهبية. بل بدأ الفقهاء يؤولون أحكام القرآن والسنة والإجماع لتتوافق مع أصول المذاهب. فلا يعني عصر التقليد أنه عصر توقف الاجتهاد، أو أنه عصر تدهور العقل الفقهي، فقد شهد هذا العصر ـ

وهو أطول عصور الفقه ـ نشاطاً فقهياً لا مثيل له، وشهد فقهاء قلّ نظيرهم في التاريخ، ولكنه كان عصر الاجتهاد الجزئي في مواجهة الاجتهاد المطلق الذي ساد عصر الازدهار، وعصر العقل المقيد بأصول مذهبية في مواجهة العقل الحر الذي يتعامل مع مصادره الأصلية مباشرة، فلا تحكمه قواعد مذهبه، ولا ترده عن معرفة الحق عصبية لاتجاه، أو تقليد لرجال.

وينقسم هذا الفصل إلى المباحث التالية:

المبحث الأول: عصر التأسيس.

المبحث الثاني: عصر الازدهار.

المبحث الثالث: عصر التقليد.

المبحث الأول

عصر التأسيس

ونقصد به عصر نشأة أصول الفقه الأصلية، الكتاب والسنة والإجماع، ويستوعب هذا العصر مرحلتين:

مرحلة الوحي: حيث اكتمل الدين وتم البلاغ، وانقطع الوحي فلا قرآن بعده ينزل، ولا سنة بعده تصدر.

مرحلة الصحابة: حيث جُمع القرآن، ونقلت السنة، ونشأ الإجماع وبه تكاملت أصول الفقه الأصلية، وقامت الحجة بعصمتها، فهي في الكتاب عصمة قرآن، وفي السنة عصمة بيان، وفي الإجماع عصمة إيمان.

وندرس عصر التأسيس في مطلبين:

المطلب الأول: مرحلة الوحي.

المطلب الثاني: مرحلة الصحابة.

المطلب الأول

مرحلة الوحي

مرحلة الوحي هي زمن الرسالة، وتبدأ ببعثة الرسول ﷺ في سنة ٦١٠م وتنتهي في ٦٣٢م الموافق لسنة ١١هـ، وهي سنة وفاة الرسول، فمدة هذه المرحلة اثنين وعشرين عاماً وستة أشهر تقريباً.

وقد كان هذا العهد فترتين متمايزتين:

الفترة الأولى: مدة وجود الرسول بمكة هو ١٢ سنة وبضعة شهر من بعثته إلى حين هجرته، في هذه الفترة كان المسلمون أفراداً قلائل مستضعفين لم تتكون منهم أمة ولم تكن لهم شؤون دولة، وكان هم الرسول فيها موجهاً إلى بث الدعوة إلى توحيد الله وتحويل وجوه الناس عن الأوثان والأصنام، واتقاء أذى الذين وقفوا في سبيل دعوته وأمعنوا في كيده والكيد لمن آمن به، فلم يوجد في هذه الفترة مجال ولا داع للتشريع العملي وسن القوانين المدنية والتجارية ونحوها، ولهذا لم توجد في السور المكية مثل «يونس» و«الرعد» و«الفرقان» و«يس» و«الحديد» آية من آيات الأحكام العملية، وأكثر آياتها خاصة بالعقيدة والخلق والعبر من سير الماضين.

الفترة الثانية: مدة وجود الرسول بالمدينة وهي عشر سنوات بالتقريب من تاريخ هجرته إلى تاريخ وفاته، في هذه الفترة عز الإسلام، وكثر عدد المسلمين، وتكونت منهم أمة وصارت لهم شؤون دولة وزالت العقبات في سبيل الدعوة، ودعت الحاجة إلى التشريع وسن القوانين لتنظيم علاقة أفراد الأمة الناشئة بعضهم ببعض، وتنظيم علاقتهم بغيرهم في حالتي السلم والحرب، ولهذا شرعت بالمدينة أحكام الزواج والطلاق والإرث والمداينة والحدود وغيرها، والسور المدنية بالقرآن مثل سورة «البقرة»، و«آل عمران» و«النساء» و«المائدة» و«الأنفال» و«التوبة» و«النور» و«الأحزاب» هي التي

اشتملت على آيات الأحكام مع ما اشتملت عليه من آيات الأخلاق والعقائد والقصاص[(١)].

١ ـ مصادر الفقه في مرحلة الوحي:

الوحي هو القرآن والسنة، تارة ينزل باللفظ وهو القرآن، وتارة ينزل بالمعنى ويصوغه الرسول بألفاظ من عنده وهذه هي السنة، ولم يعرف سواهما من مصادر الفقه في هذا العصر، فهما أساس التشريع، وفيهما أحكام الرسالة ـ إجمالاً أو تفصيلاً ـ والتي حمل الرسول أمانة إبلاغها **﴿وما على الرسول إلا البلاغ﴾**، والحاكم فيها هو الله **﴿إن الحكم إلا لله﴾**.

أ ـ القرآن الكريم:

وهو ما نزل على الرسول من عند الله بلفظ ومعناه، أو هو الوحي المتلو، ولم ينزل القرآن على الرسول دفعة واحدة، بل تدرج في الأماكن والأوقات، فنزل بعضه بمكة، ونزل بعضه بالمدينة، وكان يأتي الوحي نهاراً وكان يأتي الوحي ليلاً، حتى رأينا الكاتبين في علوم القرآن يعتبرون من علومه المكي والمدني، وما نزل بالليل، وما بلّغه الوحي في النهار، وأهم ما في هذه المساحة الزمنية التدرج. فما هي الحكمة التشريعية من تدرجه على هذا النحو؟ خاصة وأن رسالات أخرى هبطت على رسل الله دفعة واحدة كألواح موسى، فلماذا التدرج؟

يرى الفقهاء أسباباً ثلاثة لنزول القرآن منجماً أي على دفعات هي:

الأول: تثبت فؤاد الرسول ﷺ، ليتحمل أعباء الرسالة، فالناس من حوله منهم من يضيق به ومنهم يؤمن، وتمر به ساعات شدة كما تمر به أيام يسر، وهنا يأتي التدرج في نزول القرآن لتثبيت فؤاد الرسول أي التهوين عليه ساعة الشدة، يقول تعالى: **﴿وقال الذين كفروا لولا نزل عليه القرآن دفعة واحدة كذلك لنثبت به فؤادك﴾**، فالتدرج اتصال متجدد بالله يقوي

---

(١) د. عبد الوهاب خلاف، علم أصول الفقه، القاهرة ط ٤، ص ٢٨١ ـ ٢٨٢، سنة ١٩٥٠.

العزيمة، ويهون الشدائد، فلا يسترسل الرسول في الحزن من أعدائه، واليأس من تكرار دعوته.

الثاني: تأهيل الناس لحفظه وتلاوته: فالتدرج يعين على تأمل أحكامها وفهمها، ويساعد على حفظه في صدور الرجال، وهو ما أشار إليه القرآن الكريم في قوله تعالى: **﴿وقرآنا فرقناه لتقرأه على الناس على مكث ونزلناه تنزيلا﴾**.

وقوله تعالى: **﴿كذلك لنثبت به فؤادك ورتلناه ترتيلا﴾** فالتدرج إذن لحكمة هي فهم الآيات، ومعرفة الترتيل، لأن التكاليف الشرعية أوامر ونواهي يستقبلها العقل، والعمل بها وليد الفهم والإدراك.

الثالث: مسايرة أحوال الناس في التشريع: فقد جاء القرآن إلى قوم لهم عاداتهم، وقبائل لها أعراف حاكمة، وتقاليد محكمة فكان التدرج التشريع سبيلاً إلى مراعاة الفطرة وعوناً للمخاطبين بالقرآن على الاستجابة إليه، والإيمان به، فالفطرة قد تؤذي، والعادات يتعذر التخلص منها في التو واللحظة. لكل هذا تدرج الإسلام في خطابه، فبدأ بالعقيدة حتى يهيء القلوب لأوامره، وثنى بالشريعة حيث يسّر الإيمان سبل الإجابة، وتدرج في إبلاغ الشريعة، حتى لا تنتصر العادة أمام التحريم الفجائي، فجاء تشريع الخمر على مراحل، ولم يجيء منع بعض المعاملات دفعة واحدة تأكيداً لقوله تعالى: **﴿ما يريد الله ليجعل عليكم في الدين من حرج﴾**.

وقد انعكس تدرج نزول القرآن الكريم على المكان الذي نزل القرآن فيه، فأصبح القرآن المكي له موضوعاته، والقرآن المدني له موضوعاته، وأرجح الأقوال في تعريف المدني والمكي، أن المكي ما نزل قبل الهجرة، والمدني ما نزل بعدها، وهو تعريف نرجحه لأنه يربط التشريع المكي بالمجتمع الإسلامي قبل الهجرة، ويربط التشريع المدني بدولة الإسلام الأولى من المدينة، لأن الانتقال من المجتمع إلى الدولة، أدى إلى انتقال آيات القرآن من التركيز على العقيدة، إلى التركيز على الشريعة. **في مكة** اتجهت الآيات إلى إصلاح عقائد الناس، واستقامة أخلاق المجتمع، وعلو الإيمان بالله الواحد حتى تزول عبادات غير الله في كل صورها. **وفي المدينة**

اتجهت الآيات إلى وضع النظام القانوني للدولة الجديدة، ولم تمض عشرسنوات إلا وقد تكامل هذا البناء في فروعه المختلفة، فوجدت الأحكام الفقهية التي تنظم علاقة الفرد بالفرد، وهو ما يطلق عليه اليوم القانون الخاص، ويضم القانون المدني والتجاري وقوانين الأحوال الشخصية وما يتفرع عنها اليوم من قانون زراعي وبحري وقانون للتأمينات الاجتماعية وغير ذلك من أحكام مستحدثة تنتظمها فروع مستقلة.

ووجدت الأحكام الفقهية التي تنظم علاقة الفرد بالدولة، وهو قسم من التشريع يطلق عليه اليوم القانون العام الداخلي، ويضم المجموعة الجنائية والقواعد الدستورية ونظم المال والقضاء والإدارة ووجدت الأحكام الفقهية التي تنظم علاقة الدولة بغيرها من الدول وهو ما يطلق عليه القانون العام الخارجي، ويضم القانون الدولي العام بفروعه المختلفة، والقانون الدولي الخاص، وللفقه الإسلامي فيه جهد متميز في مجال هذا القانون العام والخاص، ممثلة في كتب السير وخاصة كتاب «السير الكبير» «لمحمد بن الحسن الشيباني»، والتي هي الكتب الأولى في القانون الدولي العام، وأبواب معاملة المستأمنين التي تمثل دراسة مستوعبة لمركز الأجانب، وهو قسم هام في القانون الدولي الخاص.

ب ـ السنة النبوية:

وهي المصدر الأساس الثاني للفقه والتشريع في عصر الرسول ﷺ، وهي وحي بالمعنى دون اللفظ، تجمع كل ما صدر عن الرسول للبلاغ من قول أو فعل أو تقرير.

ومثال السنة القولية قول الرسول ﷺ «إنما الأعمال بالنيات»، ومثال السنة الفعلية صومه وصلاته وحجه وفيها يقول الرسول ﷺ «صلوا كما رأيتموني أصلي» وقوله ﷺ «خذوا عني مناسككم».

أما السنة التقريرية وهي سكوته عما صدر من أصحابه بالقول أو الفعل في مجال الأحكام، ومثالهما أن الرسول ﷺ قال لأصحابه وهم يتجهون للالتحام ببني قريظة قال «لا يصلين أحدكم العصر إلا في بني قريظة».

فانقسم صحابته ﷺ إلى قسمين، منهم من رأى الأمر على حقيقته فامتثل له ولم يصل العصر إلا في بني قريظة بعد فوات وقتها، ومنهم من فهم أن المقصود بالأمر الاسراع في السير، فصلّى العصر في وقتها، ولم بلغ الرسول الخبر أقر كلا الفريقين، فكلاهما أجزأته صلاته.

وأهم تقسيم للسنة فيما يتعلق بالتشريع والفقه ما لاحظه «الشاطبي» من قسمتها إلى نوعين:

النوع الأول: السنة التشريعية: وهي ما صدر عن الرسول للتبليغ والبيان، وبيانها للقرآن يأتي من عدة أوجه:

فقد تأتي **مؤكدة** لما جاء في القرآن الكريم فحكمها حكمه وتكرار الأدلة من باب التأكيد على الحكم ومثالها قول الرسول ﷺ «لا يحل مال امرىء مسلم إلا بطيب من نفسه» فإن هذا الحكم يوافق قول الله تعالى: **﴿يا أيها الذين آمنوا لا تأكلوا أموالكم بينكم بالباطل إلا أن تكون تجارة عن تراض منكم﴾**.

وقد تأتي **مبينة** لما جاء في القرآن الكريم، فقد تكون مفسرة لما جاء من الأحكام مجملاً كأحكام الصلاة والزكاة والحج. حيث حددت السنة عدد الصلوات وركعاتها ومواقيتها، وأنصباء الزكاة، ومناسك الحج، وقد تكون سنة توضح الشكل، كالحديث الذي بين المراد من الخيط الأسود والخيط الأبيض في قوله تعالى: **﴿وكلوا واشربوا حتى يتبين لكم الخيط الأبيض من الخيط الأسود﴾** فأوضحت السنة الأشكال. وحددت المراد من اللون الأبيض بياض النهار، ومن اللون الأسود سواد الليل، وقد تكون سنة **مخصصة** لكتاب الله، ومثالها السنة المقيدة لمطلق القرآن الكريم، فقد جاء القرآن الكريم بعقوبة السارق بقوله تعالى: **﴿والسارق والسارقة فاقطعوا أيديهما﴾** فقيدت السنة إطلاق الآية وقضت بأن موضع القطع هو المفصل الذي بين الكف والساعد، وأن القطع يبدأ باليد اليمنى ثم اليسرى.

وقد تأتي السنة **منشئة** لحكم سكت عنه القرآن، فيكون الحكم ثابتاً بالسنة وحدها ومثاله تحريم الجمع بين المرأة وخالتها والمرأة وعمتها في زواج قائم.

وهذه الصور المختلفة من السنة التشريعية حجة بإجماع الفقهاء، وأدلتها في القرآن والسنة تجعلها من ضروريات الشريعة.

النوع الثاني: السنة غير التشريعية:

ما ثبت عن الرسول بغير قصد البلاغ وهي على وجهين:

ما صدر عنه ﷺ باعتباره بشراً وإنساناً كالأكل والشرب والنوم والملبس، وهذا النوع ليس ملزماً عند الجمهور لدلالته على الإباحة ونقل عنه البعض أنه مندوب.

والوجه الآخر ما قام اختصاصه به ﷺ، كالزيادة على أربع من النساء، والوصال في الصوم، فهذا النوع ليس تشريعاً لأمته، ولا يقاس عليه، ولا يشارك الرسول فيه غيره.

والخلاصة أن الوحي قرآناً وسنة هما مصدراً التشريع والفقه في هذه المرحلة، فهما مصدر التشريع باعتبار أن الأحكام الشرعية في هذه الفترة لا تؤخذ إلا منهما، وهما مصدرا الفقه باعتبار أن الفتوى والقضاء من قضاة الرسول الله يكتسبان الحجية منهما.

٢ ـ مميزات هذه المرحلة:

تتميز هذه المرحلة بميزتين أساسيتين لا وجود لهما في المراحل التالية وهما ورود الوحي، ووجود النسخ، ورود الوحي بالأحكام، ووجود النسخ في الأحكام.

أ ـ ورود الوحي بالأحكام:

قلنا إن مصدر الأحكام الشرعية في هذه المرحلة هو الوحي متلواً أو غير متلو، فأحوال الناس تحكمها أعرافها وتقاليدها، وما سبق وجوده من شرائع وقوانين، حتى ينزل الوحي فيلغي حكماً أو يضيف أحكاماً، ويقر أعرافاً فتحل، وينكر عادات فتحرم، ولا يتم ذلك دفعة واحدة، والناس يسألون وينتظرون الإجابة، ويستفتون الرسول ويترقبون الفتوى، والرسول كان في بعض الأحيان يجيب ويفتي وفي بعضها ينتظر ورود الوحي، فأين

مكان اجتهاد الرسول ﷺ من التشريع في هذه المرحلة؟ اختلف العلماء في ذلك على رأين:

الرأي الأول: وقد ذهب إليه المتكلمون ومنهم الأشاعرة وكثير من المعتزلة، ويرون عدم جواز اجتهاد الرسول، لأن اجتهاده يعني أنه يخطىء ويصيب وهذا ينافي العصمة، وورود الوحي لا يفسح مكاناً للاجتهاد، وكل ما ورد في السيرة من اجتهادات تنسب إلى الرسول، فهي لتعليم الاجتهاد لأمته، وليست اجتهاداً منه ينشىء أحكاماً شرعية.

الرأي الثاني: وقد ذهب إليه جمهور علماء الأصول والفقهاء، وهو يثبت اجتهاد الرسول، ويقول بجواز صدوره عنه ﷺ، ويستدلون بوقائع حدثت في عصره، وجاءت أحكامها باجتهاده ﷺ، أو بمشورة أصحابه، كحكمه في أسارى بدر وقد ذكر القرآن الواقعة في قوله تعالى: **﴿ما كان لنبي أن يكون له أسرى حتى يثخن في الأرض. تريدون عرض الدنيا والله يريد الآخرة﴾**.

والآية في رأينا لا تثبت جواز اجتهاد الرسول وإنما تثبت وجود الاجتهاد في عصره منه ومن أصحابه، والمنازعة ليست في الوجود، فثبوته قطعي بآيات القرآن وتواتر الأخبار، وإنما المنازعة في إثباته دليلاً للأحكام في عصر الوحي، والأرجح لدينا أن الوحي من قرآن وسنة هما المصدر الإنشائي الوحيد للأحكام في هذه المرحلة. لأن اجتهاده ﷺ إما أن يأتي القرآن بتأكيده فيكون القرآن مصدر الإلزام به، وإما أن يأتي القرآن بغيره فاعتباره تشريعاً لا يحل، وإما أن يسكت القرآن وهذا إقرار من الشارع يجعل الحكم مصدره السنة.

ب ـ وجود النسخ في الأحكام:

وتتميز هذه المرحلة بوجود النسخ في الأحكام، والنسخ مرتبط بورود الوحي، وتدرجه في الخطاب التشريعي.

فمن نسخ الكتاب بالكتاب حكم الخمر وهو مثال واضح للتدرج في الحكم. فقد وردت الآيات الأولى تمهد للتحريم في قوله الله تعالى:

﴿يسألونك عن الخمر والميسر قل فيهما إثم كبير ومنافع للناس وإثمهما أكثر من نفعهما﴾.

وبعد هذا التمهيد يأتي التحريم لها في بعض الأوقات وذلك في قوله تعالى: **﴿يا أيها الذين آمنوا لا تقربوا الصلاة وأنتم سكارى حتى تعلموا ما تقولون﴾**.

وبعد هذه الممهداتُ والمقدمات يأتي التحريم القاطع في كل الأوقات في قوله تعالى: **﴿يا أيها الذين آمنوا إنما الخمر والميسر والأنصاب والأزلام رجس من عمل الشيطان فاجتنبوه لعلكم تفلحون، إنما يريد الشيطان أن يوقع بينكم العداوة والبغضاء في الخمر والميسر ويصدكم عن ذكر الله وعن الصلاة فهل أنتم منتهون﴾**.

ومن نسخ السنة بالقرآن أنه ثبت في الحديث الصحيح أن الرسول ﷺ جعل بيت المقدس قبلة المسلمين في الصلاة، ثم نسخ هذا الحكم بقوله تعالى: **﴿قد نرى تقلب وجهك في السماء، فلنولينك قبلة ترضاها فول وجهك شطر المسجد الحرام، وحيثما كنتم فولُّوا وجوهكم شطره﴾**.

وهكذا ينسخ الحكم المتأخر في الزمن الحكم المتقدم، ولا نسخ للأحكام إلا بوحي، لهذا كان النسخ من الملامح التشريعية لفترة الوحي، انقطعت بوفاته ﷺ، فالقرآن بعد هذه الفترة هو القرآن إلى يوم القيامة، وما ثبت من السنة هو السنة فلا يجري على هذين المصدرين تبديل، لا في المبادىء ولا في التفاصيل.

٣ ـ الآثار التشريعية في هذه المرحلة:

مرحلة الوحي تتمثل آثارها التشريعية في آيات الأحكام، وفي أحاديث الأحكام، ومن مجموعهما تكونت المجموعة التشريعية في عصر النبوة، كل نص قطعي فيها لا مجال للاجتهاد فيه بعد هذا العصر لا من الصحابة ولا من الذين جاءوا بعدهم، وكما يقول فضيلة الشيخ عبد الوهاب خلاف فإن نصوص هذه المجموعة ليست كثيرة، وموادها في القرآن والسنة في كافة جوانب التشريع الإسلامي يمكن حصرها على النحو التالي:

أ ـ الآيات المتعلقة بالعبادات وما يلحق بها من الجهاد وعددها نحو ١٤٠ آية.

ب ـ الآيات المتعلقة بالمعاملات والأحوال الشخصية والجنايات والقضاء نحو ٢٠٠ آية.

جـ ـ أحاديث الأحكام في هذه الأنواع المختلفة وعددها نحو ٤٥٠ حديث كما ذكر «ابن القيم» في «أعلام الموقعين»، وأكثر هذه الأحاديث بيان لما أجمل القرآن، أو تقرير وتوكيد، والباقي تشريع لأحكام سكت عنها القرآن.

وقد جاءت آيات الأحكام مفرقة على سوره، أما أحاديث الأحكام فقد جمعها رواة الأحاديث حسب أبواب الفقه فأحاديث البيع مجموعة في باب البيع، وأحاديث الرهن والشركة والحدود هي في أبوابها من كتب الفقه كذلك.

وقد عنى المصنفون بعد ذلك في كافة المذاهب بإفراد آيات الأحكام بكتب خاصة، وإفراد أحاديث الأحكام بكتب خاصة أيضاً. مثال ذلك:

أ ـ هناك مؤلفات كثيرة في آيات الأحكام شرحاً واستنباطاً وفهماً نذكر أربعة منها:

الأول: أحكام القرآن: «لأبي بكر الجصاص» وهو استعراض لآيات الأحكام موزعة على أبواب الفقه، وصاحب الكتاب فقيه حنفي فجاءت آراؤه الفقهية عرضاً ودعماً لمذهبه.

الثاني: أحكام القرآن: «لأبي بكر بن العربي» وهو فقيه مالكي فجاء كتابه تفسيراً لآيات الأحكام من خلال آراء المذهب المالكي.

الثالث: أحكام القرآن: «للكيا الهراسي» وهو فقيه شافعي وكتابه عرض لأحكام القرآن على مذهبه أي مذهب الشافعية.

الرابع: أحكام القرآن: «للمقداد السيوري»، وكتابه تفسير لآيات الأحكام على مذهب الشيعة الإمامية.

وهذه الكتب الأربعة مطبوعة متداولة.

ومن اليسير - كما يقول الشيخ خلاف بحق - أن تجمع في كل فرع قانوني آيات الأحكام الخاصة به، وأمهات أحاديث الأحكام الخاصة به، وبعض أقوال الصحابة وفتاوى التابعين التي هي تفسير لأحكام هذه النصوص، وتكون هذه المجموعة هي الأحكام الأساسية التي وردت في الكتاب والسنة خاصة بهذا الفرع من القوانين.

المطلب الثاني

مرحلة الصحابة

بعد وفاة الرسول، انتقل الأمر إلى الصحابة، فاختاروا أبا بكر خليفة، ولم يسندوا إليه السلطة التشريعية كما كان الحال في حياة الرسول، لأن مسؤولية استنباط الأحكام، وإرشاد الأمة كانت مسؤولية جماعية في كل الصحابة، لا يمتاز أحد منهم على غيره إلا بجودة فقهه، وعمق معرفته بالقرآن والسنة وحياة المسلمين. ومرحلة الصحابة هي امتداد لفترة الوحي، فإذا عرض لهم أمر بحثوا عن حكمه في كتاب الله فإن وجدوه التزموه، وإذا لم يجدوا بحثوا في سنة رسول الله، فإذا وجدوا الحكم أخذوا به، وإلا اجتمعوا للمشاورة والبحث حتى يصلوا باتفاق إلى الحكم فيكون الإجماع، أو يختلفون فيما بينهم فيعمل كل منهم بما وصل إليه.

ولم يكن الصحابة على درجة واحدة فمنهم من عرف بكثرة الفتيا «كعمر بن الخطاب»، و«علي بن أبي طالب»، و«عبد الله بن مسعود»، و«عائشة».

ومنهم المتوسط[1] في الفتيا «كأبي بكر الصديق»، و«أم سلمة»، و«أنس بن مالك».

ومنهم المقل فيها فلا تروى عن الواحد منهم أكثر من المسألة أو المسألتين من هؤلاء «أسامة بن زيد»، و«عمار بن ياسر»، و«فاطمة الزهراء» وغيرهم وأهم ما حدث في عصر الصحابة من الناحية التشريعية، ظهور الإجماع باعتباره المصدر الأصلي الثالث للفقه الإسلامي، واعتماد الاجتهاد باعتباره منهجاً لفهم الأحكام الشرعية.

---

(١) يقصد بالمتوسط هنا المعتدل من الرواية.

١ ـ ظهور الإجماع:

لم يكن الإجماع من مصادر فترة الوحي، لأن الوحي يستبعده وعصمة الرسول تنفيه، وبوفاة الرسول أنقطع الوحي، وانتقلت العصمة إلى الأمة، وظهر الإجماع كدليل، وهو دليل ـ بغض النظر عن مستنده ـ يستقل بإثبات الأحكام.

والإجماع حجة ملزمة، وقد قصره الظاهرية على إجماع الصحابة لأنه عندهم لا يكون إلا عن توقيف من رسول الله، والصحابة دون غيرهم هم الذين شهدوا الرسول.

وإجماع الصحابة لم يخالف فيه أحد من الأمة، من قالوا بإمكانه بعد ذلك، ومن رفضوا وقوعه بعد عصر الصحابة، بل إن قرب الصحابة من الرسول، ومعرفتهم بموارد الأحكام الشرعية جعل إجماعهم أقربه إلى الإمكان من غيره، ومن الأحكام التي انعقد عليها الإجماع في عصر الصحابة ما يلي:

أ ـ حلول الجد محل الأب في الإرث، وتوريثه السدس مع وجود الأبناء.

ب ـ حجب الإخوة الأشقاء والإخوة لأب، بالأب لأنهم فروع له.

جـ ـ تقديم ديون الميت على وصاياه.

د ـ توريث الجدة السدس.

هـ ـ إجازة عقد الاستصناع.

و ـ الإجماع على خلافة أبي بكر.

٢ ـ اعتماد الاجتهاد:

في عصر الصحابة اتسعت حياة المسلمين، وزادت رقعة سلطانهم، ودخل الناس من أمم كثيرة في الإسلام، وأمام هذا الواقع المتشابك ظهرت أهمية الاجتهاد وأصبح الواقع يوجبه، فبذلوا وسعهم للوصول إلى الحكم

الشرعي الاجتهاد، ولم يقطعوا بأنه حكم الله، «فأبو بكر» رضي الله عنه يجتهد عند الحاجة ثم يقول «هذا رأيي فإن يكن صواباً فمن الله وإن يكن خطأً فمني واستغفر الله»، وهذا «عمر» يجتهد ثم يقول «إن يكن صواباً فمن الله وإن يكن خطأً فمني لا تجعوا خطأ الرأي سنة الأمة». وارتفع بهم أدب الخلاف إلى ذروة سامقة يروي «الطبري» أن «عمر بن الخطاب» لقي في خلافته رجلاً له قضية نظرها الإمام «علي» فسأله ماذا صنعت فقال: قضى بكذا. قال «عمر» لو كنت أنا لقضيت بكذا، قال الرجل فما يمنعك والأمر إليك؟ قال «عمر» لو أردك إلى كتاب الله أو سنة الرسول لفعلت، ولكني أردك إلى رأي والرأي مشترك ولست أدري أي الرأيين أحق.

فرواية «الطبري» بالإضافة إلى تأكيدها على استقلال السلطة القضائية، تؤكد أدب الاختلاف بين الصحابة، فكلهم له حق الاجتهاد لا فرق بين حاكم وعالم.

والاجتهاد عرف عند الصحابة على ثلاثة أنواع:

الأول بيان النصوص وتفسيرها.

والثاني: القياس على الأشباه والنظائر التي جاءت في الكتاب والسنة أو على إجماع تحقق في عصرهم.

الثالث: اجتهاد بالرأي، دون اعتماد على رأي أو قياس، وإنما استلهاماً لروح الشريعة، واستنباطاً من مبادئها العامة.

٣ ـ أسباب اختلاف الصحابة(١):

كان الصحابة ـ رضي الله عنهم ـ مختلفين في قوة الفهم ودرجة الحفظ فيما يشهدون ويسمعون، فمنهم من كان يعني بالمعنى فقط فيدركه، ثم ينقله بعد ذلك إلى غيره بلفظ من عنده، ومنهم من كان يعني باللفظ

---

(١) علي الخفيف: أحكام المعاملات الشرعية ط ١، سنة ١٩٤١، ص ٦٢٥١١، من الموضوع كله يراجع له أيضاً أسباب اختلاف الفقهاء، ط ١ ١٩٥٦.

فيحفظه، ثم ينقله إلى الناس، وقد تخونه ذاكرته، فيضع لفظاً يظن أنه قد سمعه، بدل لفظ قد نسيه، هكذا فعلوا، فاختلفت روايتهم للحديث، بسبب اختلافهم في أفهامهم وتفاوتهم في درجة حفظهم وقوة ملاحظتهم واختلافهم في أساليبهم، فإذا ما ضممنا إلى ذلك أنهم قد اختلفوا في فهم كثير من آي القرآن، وأنهم كذلك عند النظر والتطبيق والاجتهاد كانوا يختلفون لاختلاف طبائعهم، وتفاوتهم في مداركهم وعلمهم بالسنة وأحكامها، وتفهمهم لأحكام الشريعة وأسرارها، تبينت لنا أسباب الاختلاف في تطبيق الشريعة بعد وفاة الرسول ﷺ وهذه أهمها:

أ ـ اختلافهم في فهم بعض آيات القرآن وبعض ما ورد من السنة.

ب ـ تفاوتهم فيما يحفظونه من السنة، فربما عرضت حادثة على من لا يحفظ فيها سنة فيفتي فيها برأيه، بينما قد تكون عرضت على من يحفظ فيها سنة فيقضي فيها بما حفظ، فيختلف الحكمان.

جـ ـ اختلافهم في وزن ما يروى لهم من سنة، فقد يصل الحديث إلى أحدهم من طريق لا يثق برجاله فلا يعمل به، لأنه يظن براويه الخطأ أو عدم الحفظ أو أن الحديث قد أدخل عليه أو غير ذلك، وقد يصل الحديث بنفس الطريق إلى آخر فيعمل به لثقته براويه، أو يصل إليه من طريق آخر موثوق برجاله فيقضي به، بينما الآخر قد تركه ونظر برأيه فيختلفان.

د ـ تفاوتهم في فهم أسرار الشريعة وعللها، فتختلف آراؤهم وفتاويهم تبعاً لاختلافهم في هذه الأمور.

هـ ـ اختلاف البيئات والعادات في البلاد الإسلامية بعد أن انتشر الصحابة في أمصارها، فإن كثيراً من الأحكام لا يهتدي إليه إلا على ضوء تحقيق المصلحة ودفع المفسدة، فإذا ما اختلفت المصالح باختلاف البيئات اختلفت الأحكام تبعاً لها.

و ـ اختلاف المسلمين سياسياً في آخر عهد «عثمان» وفي عهد «علي» رضي الله عنهما، فقد ظهر فيهم الشيعة والخوارج، واتسعت بذلك شقة الخلاف بين الطوائف الإسلامية، وانعكس ذلك على الفقه وعلى اختلاف

الفقهاء وعلى المجتمع كله، وكانت آثاره أكثر وضوحاً في العصور التالية.
ولكن عصر الصحابة في مجمله كانت دائرة الاختلاف فيه محدودة للأسباب الآتية:

أ ـ استخدام الصحابة لمبدأ الشورى، فهي تقرب وجهات النظر، وتقضي على كثير من جوانب الخلاف.

ب ـ تيسر الإجماع، لأن كبار الصحابة كانوا في المدينة، وكان «عمر» ينهاهم عن مغادرتها، فسهل تشاورهم في الحكم الواحد واتفاقهم عليه.

جـ ـ تورعهم عن الفتيا ويروى عن «عبد الرحمن بن أبي ليلى» أنه قال «أدركت عشرين ومائة من صحابة رسول الله ﷺ فما كان منهم محدث إلا ود أن أخاه كفاه الحديث، ولا مفت إلا ود أن أخاه كفاه الفتيا».

د ـ قلة رواية الحديث، وكان «عمر» و«أبو بكر» يطلبان من الراوي من يشهد له، كما كان «عمر» يحذر من رواية الحديث خوفاً من الكذب على رسول الله ﷺ.

روى «البخاري» بسنده إلى «عبيد بن عمير» قال: استأذن «أبو موسى» على «عمر» فكأنه وجده مشغولاً، فرجع فقال «عمر»: ألم أسمع صوت «عبد الله بن قيس» ائذنوا له، فدعي له فقال: ما حملك على ما صنعت، فقال إنا كنا نؤمر بهذا، قال: فأتني على هذا ببينة أو لأفعلن بك، فانطلق إلى مجلس من الأنصار فقالوا: لا يشهد إلا أصغرنا، فقام «أبو سعيد الخدري» فقال: قد كنا نؤمر بهذا، فقال «عمر»: خفي على هذا من أمر رسول الله ﷺ ألهاني الصفق في الأسواق.

هـ ـ قلة المشاكل والوقائع التي حدثت في عصرهم بالمقارنة لما حدث في العصور التالية.

و ـ كانت السياسة تابعة للفقه ولم يكن هو تابعاً لها كما حدث بعض ذلك في العصور التالية.

٤ ـ منهج الصحابة في الاجتهاد:

قلنا إن فترة الصحابة هو امتداد لفترة الوحي، وهما معاً يشكلان عصر التأسيس فالمشروعية العليا فيه للمصادر الأصلية للفقه، الكتاب والسنة والإجماع، وهذا هو المنهج العلمي الذي اختطه الصحابة لاستنباط الأحكام التشريعية، روى «البغوي» في «مصابيح السنة» قال «كان «أبو بكر» إذا ورد عليه الخصوم نظر في كتاب الله، فإن وُجد فيه ما يقضي به بينهم قضى به، وإن لم يجد في الكتاب وعلم من رسول الله في ذلك الأمر سنة قضى بها، فإن أعياه، خرج فسأل المسلمين، وقال: أتاني كذا وكذا، فهل علمتم أن رسول الله قضى فى ذلك بقضاء، فربما اجتمع عليه النفر كلهم يذكر عن رسول الله فيه قضاء، فيقول «أبو بكر»، الحمد لله الذي جعل فينا من يحفظ عن نبينا، فإن أعياه أن يجد فيه سنة عن رسول الله جمع رؤوس الناس وخيارهم، فإن أجمع رأيهم على أمر قضى به، وكان «عمر» يفعل ذلك، فإن أعياه أن يجد في القرآن والسنة، نظر هل كان «لأبي بكر» فيه قضاء؟ فإن وجد «أبا بكر» قضى فيه بقضاء قضى به، وإلا دعا رؤوس المسلمين، فإن اجتمعوا على شيء قضى به».

وهذا المنهج يشير إلى عدة أمور منها:

أ ـ تنوع مصادر الفقه في عصر الصحابة لتشمل القرآن والسنة والإجماع والاجتهاد.

ب ـ النزعة الواقعية في الفقه، والتي تأبى افتراض المسائل، وتخيل المشكلات، فالصحابة بحكم ورعهم عن الفتوى وزهدهم فيها كانوا لا يستنبطون من الأحكام إلا ما احتاجه الواقع، وفرضته أحوال الناس.

٥ ـ من اجتهادات الصحابة:

من الصحابة الفقيه ومنهم من يشتهر بفقه، ومنهم المكثر من الفتوى والمقل، ولكن عصرهم شهد اجتهادات كثيرة، تدل على ما حصلوه من علم بالتشريع وأسراره في عصر الوحي، وما اكتسبوه من ملكة فقهيه ساعدهم على نموها معرفة فطرية باللغة، وإدراك واع بالمجتمع، وبصر

عميق بالأحكام الشرعية، وكان فقهاء الصحابة ومنهم «عمر» و«علي» و«ابن عباس» و«ابن مسعود» و«عائشة»، كان هؤلاء جميعاً لهم مناهجهم في الفقه، وقواعدهم في الاستنباط، أثرت فيمن جاءوا بعدهم، وظهرت في تطبيقات لهم سجلها تراثهم الفقهي منها:

أ ـ ميراث الجد:

فقد توفي رجل عن إخوته وجده الصحيح، وعرض الأمر على «أبي بكر» وليس فيه كتاب ولا سنة، فاتجه رأيه ووافقه في ذلك «ابن عباس» و«عمر» ـ ويقال إنه رجع عن ذلك فيما بعد ـ أن الجد أب ولهذا فإنه يحجب الإخوة في الميراث، ورأى الإمام «علي» ومعه «زيد بن ثابت» أن الجد ليس أباً ولا يأخذ حكم الأب وأشرك الإخوة معه في الميراث.

ب ـ سهم المؤلفة قلوبهم:

ولهم سهم في أموال الزكاة فهم من مصارفها بنص القرآن قال تعالى: **﴿إنما الصدقات للفقراء والمساكين والعاملين عليها والمؤلفة قلوبهم وفي الرقاب والغارمين وفي سبيل الله وابن السبيل. فريضة من الله، والله عليم حكيم﴾**.

وهكذا سار الأمر في عصر الرسول وعصر «أبي بكر»، ولكن «عمر بن الخطاب» رفض ذلك، وقال لطالبيه «إن رسول الله ﷺ كان يتألفكما والإسلام يومئذ قليل، وإن الله قد أغنى الإسلام».

وفُهِم خطأً موقف عمر، وقيل إنه ألغى نصاً وأوقف حكماً، وما كان لأحد مخالفة نص في الكتاب أو السنة أو إبطاله، ولا نسخ بعد زمن الرسالة، ولكنه الفقه البصير من «عمر»، الذي أدرك أن الحكم يرتبط بأوصاف لا أعيان، وأن صفة التأليف قد تتوافر في عصر دون عصر، فإذا قوي الإسلام انتفت وإذا ضعف الإسلام وجدت، والإسلام في عصر «عمر» كان عزيزاً ففقد من أُلّفوا قبله صفتهم التي استحقوا بها نصيباً من الزكاة، ولم يعد لهم وقد عز الإسلام نصيب في أموال المسلمين. وهذا الاجتهاد العميق من روائع فقه «عمر بن الخطاب».

جـ ـ حبس الأراضي المفتوحة:

أباح الأسلام تقسيم الغنائم للمسلمين، دلّ على ذلك القرآن والسنة، ولما فتحت العراق والشام، وطالب القواد والجند بتقسيم ما غنموه توقف «عمر»، وأبقى الأرض بأيدي أصحابها، وبنى اجتهاده على مصلحة المسلمين في الأجيال القادمة، حتى لا تتفرق الأموال ولا يبقى لهم شيء، وقد وصف «أبو يوسف» اجتهاد «عمر» بأنه توفيق من الله كان فيه الخير لجميع المسلمين.

د ـ قتل الجماعة بالواحد:

روى أن «عمر بن الخطاب» رفعت إليه قضية قتيل، اشترك في قتله أكثر من فرد، أيقتل الجماعة بالواحد مع أن الله يقول: ﴿النفس بالنفس﴾؟ فقال له «علي بن أبي طالب» أرأيت يا أمير المؤمنين لو أن نفراً اشتركوا في سرقة جزور، فأخذ هذا عضواً وهذا عضواً أكنت قاطعهم؟ قال نعم. قال كذلك. فأخذ «عمر» برأي «علي» وقال: لو اشترك فيه أهل صنعاء كلهم لقتلوا به.

هـ ـ طلاق الفارّ:

وهو المريض مرض الموت الذي طلّق امرأته طلقة بائنة، فالأصل ألا ترث منه لانقطاع الزوجية بالفرقة، وقد قضى «عثمان بن عفان» بتوريث زوجة «عبد الرحمن بن عوف» بعد انتهاء عدتها منه، لأنه طلقها حال المرض فكأنه يقصد الفرار من إرثها فعومل بعكس مقصوده، وكان «عمر» لا يمنع المطلقة بائناً في مرض الموت من الإرث ما دامت في عدتها.

هذا قليل من كثير حفظته مدونات الفقه، ومصنفات الأخبار التي تروى إلى جوار الحديث أقوال الصحابة وفتاوى التابعين، كمصنف «عبد الرزاق» ومصنف «ابن أبي شيبة» وهو تراث يؤرخ لحركة الاجتهاد في عصر الصحابة، ويبين المجالات الواسعة التي استخدم فيها، وإطاره المنهجي الذي وضع له، وكل صحابي فقيه يحتاج إلى دراسة مستقلة، وهو ما لا يستوعبه كتاب موجز في تاريخ الفقه الإسلامي. على الرغم من أن سيرة

هذا التاريخ لا تستوعب إلا الصحابة الفقهاء وقد أشار إلى عددهم «ابن حزم» في كتابه «الأحكام في أصول الأحكام» فقال:

«لم ترد الفتيا في العبادات والأحكام إلى عن مائة ونيف وثلاثين فقط، بعد التقصي الشديد، والمكثرون منهم فيما روى عنهم من الفتيا: عائشة أم المؤمنين، عمر بن الخطاب، ابنه عبد الله علي ابن أبي طالب، عبد الله بن عباس، عبد الله بن مسعود، زيد بن ثابت. فهم سبعة يمكن أن يجمع من فتيا كل واحد منهم سفر ضخم»[1].

(١) ابن حزم: الأحكام في الأصول، ط أحمد شاكر، جـ٥ ص ٦٦٥ ـ ٦٦٦.

المبحث الثاني

عصر الازدهار

الفقه كائن حي ينمو ويتطور لأن موضوعه أفعال العباد، وهذه الأفعال لا يحصرها العادّ، لهذا نرى الإمام «الشهرستاني» في كتابه «للملل والنحل» وهو يتكلم عن الاجتهاد يقول «وبالجملة نعلم قطعاً ويقيناً أن الحوادث والوقائع في العبادات والتصرفات مما لا يقبل الحصر والعد، ونعلم قطعاً أنه لم يرد في كل حادثة نص ولا يتصور ذلك أيضاً، والنصوص إذا كانت متناهية والوقائع غير متناهية، وما لا يتناهى لا يضبطه ما يتناهى، علم قطعاً أن الاجتهاد والقياس واجب الاعتبار حتى يكون بصدد كل حادثة اجتهاد»[١].

فالفقه لا بد أن يتحرك، لأن الحياة في ذاتها متحركة، وتأتي كل يوم بجديد، خاصة وأن مناطق شاسعة دخلت إلى دار الإسلام، ومعها قوانين وأعراف وتقاليد، والصحابة والتابعون أنفسهم تفرقوا في البلاد، فترتب على ذلك اختلاف في الآراء والأحكام الفقهية، وهكذا أفضى عصر الصحابة إلى عصر التابعين، الذين شهد عصرهم حركة فقهية واسعة النطاق، وارهاصات ازدهار آتت ثمارها بعد فترة وجيزة، وبالجملة، اختلفت مذاهب أصحاب رسول الله ﷺ، وأخذ عنهم التابعون ما تيسر لكل واحد منهم، فحفظ ما سمع من رسول الله ومذاهب الصحابة، وجمع المختلف على ما تيسر له ورجح بعض الأقوال على بعض، عند ذلك صار لكل واحد من علماء التابعين مذهب، فانتصب في كل بلد إمام، مثل «سعيد بن المسيَّب» و«سالم بن عبد الله بن عمر» في المدينة، وبعدهما «الزُهري» والقاضي «يحيى بن سعيد» و«ربيعة بن عبد الرحمن»، ومثل «عطاء بن أبي رباح» بمكة،

---

(١) د. محمد يوسف موسى: تاريخ الفقه الإسلامي ج ٢، سنة ١٩٥٥، ص ٧.

و«إبراهيم النخعي» و«الشَّعبي» بالكوفة، و«الحسن البصري» بالبصرة، و«طاووس بن كيسان» باليمن، و«مكحول» بالشام[1].

وهكذا مضت هذه الاتجاهات في جو مليء بالنشاط العلمي، والمناظرات الفقهية، فنما الفقه، وازدهرت حياته العقلية، واكتملت أدواته بتدوين علم أصول الفقه، لتكون رسالة» «الشافعي» مقدمة رصينة تقود حركة الازدهار الجماعية في الفقه، وتضع منطق المسلمين عند استنباط الأحكام.

وقد شهد عصر الازدهار عدة أمور هي:

١ ـ اتساع الدولة الإسلامية بحيث أصبح ميدان حركتها كل العالم المعمور، وإقليمها السياسي يتزايد يوماً بعد يوم وفي كل الجهات.

٢ ـ تزايد عدد الفقهاء وانتشارهم في الأمصار الإسلامية.

٣ ـ تمايز الآراء الفقهية، وانتظام كل مجموعة منها في نسق أصولي له قواعده الحاكمة وطريقته المفضلة في البحث الشرعي.

وهكذا شهد هذا العصر في بدايته نشأة المدارس الفقهية، وشهد في المائة الثانية والثالثة منه مولد المذاهب الفقهية، واكتسبت الحياة العلمية الشرعية خلال قرونه الثلاثة إمكانات على البقاء والسيطرة جعلتها تتحكم في مسيرة الفقه في كل العصور التالية.

وينقسم هذا المبحث إلى مطلبين:

المطلب الأول: المدارس الفقهية.

المطلب الثاني: المذاهب الفقهية.

---

(١) المرجع السابق، ص ١٣.

المطلب الأول

المدارس الفقهية

منذ عصر الصحابة وجد منهم منه يتمسك بظاهر النصوص، ومن يبحث عن علل الأحكام ومقاصد الشريعة، ولكن الاتجاه الأغلب لدى الصحابة هو التمسك بالكتاب والسنة، لورعهم في الفتوى، وقلة الحوادث الجديدة، ولما ذهب عصر الصحابة، وجاء من بعدهم من التابعين وتابعيهم، وجد منهم من سار على نهج الصحابة في الوقوف عند حدود القرآن والسنة، ووجد منهم من ذهب إلى البحث في علل الأحكام، وفهم مقاصد الشارع، ورعاية مصالح العباد فاتسعت دائرة الاجتهاد عندهم. ونشأت من هؤلاء مدرستان متمايزتان: الأولى في الحجاز مهبط الوحي، ومهد السنة، وموطن حملتها الأولين، والثانية في العراق، وهو بلد جديد في الإسلام، بعيد عن أرض السنة وله حضارته التليدة وحظه الكبير من المعارف القانونية قبل الإسلام، كان طبيعياً أن تكون الحجاز عاصمة مدرسة الحديث، وأن تكون العراق عاصمة مدرسة الرأي، وتمايزت المدرستان في المنهج الفقهي، وفي طريقة استنباط الأحكام.

روى الإمام «مالك» في «الموطأ» أن «ربيعة بن عبد الرحمن» ـ وهو إمام أهل الرأي ـ قال: سألت «سعيد بن المسيِّب» ـ وهو إمام أهل الحديث: كم في أصبع المرأة؟ فقال عشر من الإبل، فقلت كم في إصبعين؟ قال عشرومن الإبل، فقلت: كم في ثلاث؟ فقال: ثلاثون من الإبل، فقلت كم في أربع؟ قال عشرون من الإبل، فقلت: حين عَظُم جُرحها واشتدت مصيبتها نقص عقلها ـ أي ديتها ـ، فقال «سعيد» أعراقي أنت؟ فقلت: بل عالم متثبت أو جاهل متعلم، فقال «سعيد» هي السنة يا ابن أخي.

فنحن نرى من هذا الحوار الممتع مقدار تمسك «ابن المسيب»

بالسنة، ومقدار جنوح «ربيعة الرأي» إلى إعمال النظر للوصول إلى حكم يحقق العدل في رأين، ويتناسب فيه الضرر مع العوض بالدية[1].

ويؤكد هذا النص على أمرين:

الأول: أن ملامح مدرسة الحديث ومدرسة الرأي قد تميزتا في أواخر القرن الأول الهجري، لأن «سعيد بن المسيب» توفي عام ٩٣هـ.

الثاني: أن نسبة أهل الرأي إلى العراق كانت قد أصبحت صفة شائعة ولهذا سأل «ابن المسيب» «ربيعة الرأي» أعراقي أنت. ولكن وجود هذه الاتجاهات المستقلة، لا يعبر إلا عن آراء أصحابها فلا يلزم أحد باتباعها، ولم تظهر بعد صور الانتماء المذهبي، وما يتبعه من الاجتهاد وفق أصول محددة، وما قاد إليه من تعصب لأئمة المذاهب وآرائها في العصور التالية.

١ ـ مدرسة أهل الحديث[2]:

مدرسة أهل الحديث تتسع لتشمل الآثار كلها، وليس الحديث بالمعنى الاصطلاحي، لذلك أطلق عليها البعض «مدرسة الأثر»، والأثر يطلق بمعنى عام فيشمل كل ما أثر عن الرسول ﷺ من قول أو فعل أو تقرير، كما يشمل أقوال الصحابة وما أثر عنهم من أحكام وفتاوى، وقد اتجهت بعض الكتب في عصر التصنيف إلى هذا التوسع، وكان موطأ الإمام «مالك» من أول الكتب المدونة والتي جمعت إلى جوار حديث رسول الله ﷺ أقوال الصحابة وفتاوى التابعين، وهو ما جمع بصورة أشمل وأوسع في «مصنف» «عبد الرزاق» و«مسند» «ابن أبي شيبة».

وكانت مدرسة الحديث في أول إنشائها بالحجاز والمدينة، حتى سميت بمدرسة المدينة، ولكنها لم تكن قاصرة على فقهاء الحجاز بل كان

---

(١) المرجع السابق ص ١٨.

(٢) د. محمد سلام مدكور: مناهج الاجتهاد في الإسلام، الكويت ط ١ ١٩٧٣، ص ٩٤ ـ ٢٧، وقد اعتمدنا عليه بصفة أساسية في عرض اتجاهات مدرسة الرأي. ومدرسة الحديث، لأن كتاب أستاذنا من أوفى الكتب العامة في هذا الموضوع.

أتباعها في مختلف البلاد الإسلامية، فهذا «شهاب الزهري» يرحل إليها من الشام، ويجمع من الأحاديث الشيء الكثير، ورحل إليها «عطاء بن أبي رباح» من مكة، وكذلك رحل إليها من العراق كثيرون، وكان لهذا أثره في نفوس هؤلاء وفي المحيط المتصل بهم، فهذا «عامر الشعبي» وهو تابعي من فقهاء الكوفة يكره الرأي ويقف عند الأثر، و«سفيان الثوري» من تابعي التابعين وأحد فقهاء الكوفة الأعلام الذي يتزمتون من الرأي، وهذا الإمام «الأوزاعي» فقيه الشام كان من مدرسة الحديث ويرفض الأخذ بالرأي، وهذا «يزيد بن حبيب» المصري من أهل «دنقلة» أول من وجّه المصريين إلى العناية بالحديث.

وقد تزعم هذه المدرسة بالمدينة «سعيد بن المسيب» رأس الفقهاء السبعة وهم بالإضافة إليه، «عروة بن الزبير» المتوفى ٩٤هـ، و«القاسم بن محمد» المتوفى سنة ١٠٦هـ، و«أبو بكر بن عبد الرحمن بن الحارث» المتوفى سنة ٩٤هـ، و«عبيد الله بن عبد الله بن عتبة بن مسعود» المتوفي سنة ٩٨هـ، و«سليمان بن يسار» المتوفى سنة ١٠٧هـ، و«خارجة بن زيد بن ثابت» المتوفى سنة ٩٩هـ. وكان لهذه المدرسة منهجاً في الفقه، والذي ظهرت آثاره في كثير من الفروع الفقهية التي قال بها أعلام هذه المدرسة، بل امتد تأثيرها بعد ذلك فدخلت في نسيج عدد من المذاهب الفقهية.

أ ـ منهج مدرسة الحديث:

كان منهج مدرسة الحديث يقوم على أساس الأخذ بمصادر الإسلام الأولى القرآن والسنة، فإذا لم يجدوا فيها الحكم المطلوب، نظروا في أقوال الصحابة فرادى ومجتمعين، فإذا أعوزهم النص ولم يسعفهم إجماع الصحابة أو اجتهاداتهم يتوقفون عن الفتوى، وقد يلجأون للرأي ولكن في أضيق الحدود.

وهذا لا يعني أن مدرسة الحديث مغلقة على ذاتها لا تعرف اجتهاداً ولا تقبله من حيث المبدأ، ولكن خطوتها الاجتهادية لا تتسع إلا للمصادر الأصلية، واجتهادات الصحابة الفقهية. خاصة وأن الواقع في بيئة الحجاز لم

يشهد متغيرات واسعة تفرض اتساع الرأي، بالإضافة إلى أن غزارة الآثار وكثرتها في المدينة وهي مهد السنة، كانت تمد الفقيه بالسنن والآثار التي تحكم الوقائع المعروضة دون حاجة إلى الإسراف في البحث عن بمقاصد التشريع وعلل الأحكام. ولعل أهم ما ينسب إلى هذه المدرسة أنها وسعت من الاعتماد على السنة، وجعلتها بجميع أنواعها مصدراً مستقلاً للأحكام، وكان فقهاء المدينة من هذه المدرسة يؤخرون الأخذ بخبر الآحاد من السنة عن عمل أهل المدينة وما عليه سنة الناس فيها. كما كان فقهاء المدينة من هذه المدرسة ـ وهو ما أخذ به الإمام مالك فيما بعد ـ يرون أن الإجماع الملزم يتحقق باتفاق فقهاء المدينة وحدهم، ويسمى الإجماع المدني أو إجماع أهل المدينة.

ب ـ من فروع مدرسة الحديث:

لعل من أهم التطبيقات التي تبرز المنهج الفقهي عند مدرسة الحديث موقفهم من خبر الواحد سواء بإجازتهم الزيادة على القرآن بخبر الواحد، وإجازتهم تخصيص القرآن بخبر الواحد، بالإضافة إلى شروطهم في اعتبار خبر الواحد وإعماله، وسوف نوجز القول في هذه الأمور الثلاثة:

الأمر الأول: الزيادة على القرآن بخبر الواحد:

وهي زيادة تقول مدرسةأهل الدحيث بجوازها، وفي الفروع الفقهية أمثلة على ذلك مثل حديث تحريم المرأة على عمتها وعلى خالتها في الزواج، ومثل حديث يحرم من الرضاع ما يحرم من النسب، وحديث خيار الشرط، وأحاديث الشفعة وغيو ذلك، وكلها من أحاديث الآحاد، والتي هي حجة عند أهل الحديث وعند غيرهم، وأحكامها زيادة على ما جاء في القرآن، ولكن أهل الرأي لهم طريقتهم في العمل بهذه الأحاديث.

وقد ناقش «ابن القيم» فقهاء أهل الرأي الذين يرون أن خبر الواحد لا يستقل بتشريع الأحكام فيقول ـ مخاطباً أهل الرأي ـ «كيف زدتم على كتاب الله فجوزتم الوضوء بنبيذ التمر بخبر ضعيف، وكيف زدتم على كتاب الله فاشترطتم في الصداق أن يكون أقله عشرة دراهم بخبر لا يصح البتة وهو

زيادة على القرآن، ثم قال: ولو ساغ لنا رد كل سنة كانت زائدة على نص القرآن لبطلت سنة الرسول بأنها ما دلّ عليه القرآن.

وكانت هذه الجزئية سبباً في اختلاف المدرستين - أهل الرأي وأهل الحديث - في فروع كثيرة منها القضاء بالشاهد واليمين فقد أجازه فقهاء مدرسة الحديث أخذاً بما رواه «ابن عباس» من قضاء الرسول بشاهد ويمين، ولم يجزه فقهاء أهل الرأي لأنه زيادة على ما في القرآن ولم يؤيدها نص من القرآن، ولا سنة متواترة أو مشهورة.

ومنها عقوبة الزاني غير المحصن فبينما يرى فقهاء مدرسة الرأي أنها الجلد فقط لعموم قوله تعالى: **﴿الزانية والزاني فاجلدوا كلَّ واحد منهما مائة جلدة﴾**، فإننا نجد فقهاء مدرسة الحديث يوجبون تعزيب الزناة سنة أخذاً بما رواه «البخاري» عن «أبي هريرة» أن النبي ﷺ قضى فيمن زنى ولم يحصن بنفي عام وإقامة الحد عليه، فقد زادوا على القرآن بما جاء في السنة، ولكن أهل الرأي لم يقبلوا هذه الزيادة. لأن هذا الحديث وغيره في التغريب من أحاديث الآحاد، وهي وحدها لا ترقى إلى أن يزاد بها على القرآن، خاصة وأن الزيادة على القرآن عندهم من قبيل النسخ، ونسخ القرآن لا يكون إلا بمثله في القطعية. وهذا المثال واضح في إبراز الفرق بين المدرستين في العمل بحجية أحاديث الآحاد ودورها التشريعي.

الأمر الثاني: تخصيص عام القرآن بخبر الواحد:

ومن منهج مدرسة الحديث أنهم يجوزون تخصيص عام القرآن بخبر الواحد، لأن دلالة العام عندهم ظنية، مع أن ذلك لا يجوز عند مدرسة الرأي إذ دلالة العام من الكتاب والسنة المتواترة والمشهورة عندهم قطعية، وخبر الآحاد ظني ولا يعارض القطعي.

ويستدل فقهاء مدرسة الحديث على دعواهم بجواز تخصيص عام القرآن بخبر الواحد بما روى عن جابر رضي الله عنه أنه قال «ورسول الله بين أظهرنا ينزل عليه القرآن وهو يعرف تأويله، وما عمل به من شيء عملنا به».

وقد ترتب على منهجهم هذا أنهم قالوا: يحل أكل الذبيحة التي تركت التسمية عليها مع أن النص القرآن يشعر بالتحريم وهو قوله تعالى: ﴿ولا تأكلوا مما لم يذكر اسم الله عليه﴾ لكنهم قالوا: إن حديث «المسلم يذبح على اسم الله سم أو لم يسم» يخصص عموم القرآن، لكن فقهاء أهل الرأي لا يحلون أكل متروك التسمية عمداً لعموم النص، ولأن الأحاديث الواردة بالحل كلها أخبار آحاد فلا تخصص عموم القرآن.

الأمر الثالث: شروطهم في اعتبار خبر الواحد:

ولفقهاء أهل الحديث منهجهم الخاص في اعتبار خبر الواحد وإعماله، فهم لا يشترطون لمتن الخبر ما اشترطه أهل الرأي من قولهم: ألا يكون في أمر تعم فيه البلوى، ولهذا قال أهل الحديث بوجوب الجهر في الصلاة، لما رواه «الدارقطني» عن «أبي هريرة» من أن النبي كان يجهر بالتسمية في الصلاة، ولكن أهل الرأي رفضوا هذا الحديث لأنه في أمر تعم فيه البلوى، لأن الكثيرين قد حضروا صلاة الرسول المتكررة ولو كان الجهر بالتسمية واجباً لاستفاض بين الناس واشتهر.

وكذلك فإن فقهاء مدرسة الحديث لا يشترطون لاعتبار خبر الآحاد عدم مخالفته لنص من الكتاب والسنة المشهورة، وهذا يرجع إلى منهجهم من جواز الزيادة على الكتاب بخبر الواحد وأن السنة وحدها تكون مصدراً مستقلاً للأحكام.

بينما يرى فقهاء مدرسة الرأي أنه مما يشترط لإعمال خبر الآحاد واعتباره مصدراً تشريعياً للأحكام ألا يعارضه دليل آخر أقوى منه من الكتاب أو من السنة المطهرة المتواترة أو المشهورة، إذ أن خبر الآحاد ظني بينما المعارض إن وجد يكون قطعياً أو في حكمه ولا ينبغي أن يعارض الظني القطعي.

وقد ترتب على منهجهم في هذا أنهم أخذوا بما روي عن الرسول عليه السلام من أنه قال: «من كانت له طلبة عند أخيه فعليه البينة والمطلوب أولي باليمين فإن نكل حلف وأخذ» وبناء عليه أجازوا القضاء بشاهد واحد ويمين المدعي.

بينما فقهاء أهل الرأي لا يأخذون بهذا الأثر لمعارضته ما هو أقوى منه وهو الحديث المشهور الذي رواه «البخاري» و«الترمذي» و«ابن ماجة» «البينة على من ادعى واليمين على من أنكر».

ومن منهج أهل الحديث أيضاً بالنسبة لإعمال خبر الآحاد واعتباره مصدراً تستقي منه الأحكام أنهم يأخذون به ولم يعمل به نفس راويه من الصحابة ما دام صحيح الإسناد، إذ الخبر حجة على الكافة وترك الراوي العمل به لا يرده، ولأن النصوص التي أمرت باتباع الرسول جاءت عامة، بينما فقهاء مدرسة الرأي يشترطون ضمن شروطهم لاعتبار خبر الآحاد مصدراً ألا يعمل الصحابي الذي رواه بخلافه، لأن ترك العمل به عند ظهور الاختلاف يفيد أن الخبر منسوخ، أو أنه سهو من راويه.

وقد ترتب على منهج فقهاء مدرسة الحديث في عدم اشتراطهم لاعتبار الحديث عمل راويه به، أنهم لم يجيزوا زواج المرأة بغير إذن وليها أخذاً بما روته السيدة «عائشة» رضي الله عنها «أيما امرأة نكحت بغير إذن وليها فنكاحها باطل، فإن دخل بها فلها المهر بما استحل من فرجها فإن اشتجروا فالسلطان ولى من لا ولي له» ولم يمنع من اعتبارهم لهذا الخبر مصدراً لهم كون السيدة «عائشة» ـ وهي التي روته ـ عملت بخلافه، إذ زوجت «حفصة» بنت أخيها «عبد الرحمن» وهو غائب بالشام، بينما يجيز فقهاء مدرسة الرأي زواج المرأة بغير إذن وليها، لم يأخذوا بهذا الخبر لفقدانه شرطاً من شروطهم في الأخذ بأخبار الآحاد وهو ألا يعمل الراوي بخلاف روايته.

جـ ـ الأسباب التي شكلت منهج أهل الحديث[1]:

لم يكن موقف أهل الحديث منبتاً عن بيئته، ولم منفصلاً عن الأرض التي تكون عليها في الحجاز والمدينة بل إن أسبابه كامنة في الحياة العقلية التي سادت مدينة رسول الله ﷺ وهي أسباب عدة:

(١) د. محمد سعاد جلال: أصول الفقه مرجع سابق ص١٥٢ ـ ١٥٣.

الأول: هو أن النبي ﷺ، كان مقيماً بالمدينة منذ الهجرة وهو مهد الحديث من أجل ذلك وكان معه بها أكثر الصحابة الذين يشهدون أعماله، ويسمعون أقواله، ويحفظون أحواله، فكان الحديث بينهم كثير ـ أكثر ما يكون ـ كما كانت الأحاديث المنثورة بينهم معلوم صحتها لكثرة رواتها المتلقين لها من رسول الله ـ عليه السلام ـ فكان كثرة المروي من الحديث مع الوثوق بصحته كافياً في تغطية أحكام الحوادث العارضة لهم، ولم يكن فقهاء المدينة ـ وهم زعماء مدرسة الحديث ـ بحاجة إلى استعمال «الرأي» لتغطية الحوادث العارضة في حياتهم القانونية.

الثاني: أن حياة الحجاز ـ كما قلنا ـ حياة بسيطة لم يلحقها تعقيد الواقع كما في الأمم المتقدمة في الشام وفارس والعراق، ولم تكن فيها أنماط النظم السياسية والاقتصادية والاجتماعية المتشابكة والمتشعبة عند غيرهم، فكانت الوقائع التي تجري في محيطها وتتطلب وضع أحكام لها ليست بالكثيرة ولا الغريبة، فكان يكفي في استنباط الأحكام لها المأثور من سنة رسول الله ﷺ.

الثالث: أنه كان في المدينة جلة الصحابة ـ رضي الله عنه ـ يعتمدون الاستقلال في العمل بالحديث «كعبد الله بن عمر»، و«زيد بن ثابت»، و«عائشة» وكان هؤلاء مؤسسي مدرسة الحديث في المدينة ثم خلفهم الفقهاء السبعة الذين كانوا مليء السمع والبصر في حياة المدينة العلمية، فسارت على طريقهم، والتزمت ـ عن اقتناع ـ منهجهم الفقهي مما طبع حياة المدينة كلاً بطابع مدرسة أهل الحديث.

٢ ـ مدرسة أهل الرأي:

كان الاتجاه نحو الرأي موجوداً منذ عصر الصحابة، وكان منهم من يتجهون إليه «كعمر بن الخطاب» و«عبد الله بن مسعود» وإلى فقههما عند جذور مدرسة أهل الرأي. وقد كانت «الكوفة» في العراق عاصمة أهل الرأي، والمنافسة بينها وبين المدينة كانت منافسة تقليدية، وأغلب من عاش فيها من الصحابة كانوا على اتجاه «ابن مسعود» في الأخذ بالرأي والبحث

عن العلل، وأغلب زعماء مدرسة أهل الرأي في الكوفة من تلاميذه منهم، «علقمة بن قيس النخعي» المتوفي سنة ٦٢هـ، و«الأسود بن يزيد النخعي» المتوفي سنة ٧٥هـ و«مسروق بن الأجدع الهمداني» المتوفي سنة ٦٣هـ، و«عبيدة بن عمرو السلماني» المتوفي سنة ٧٢هـ و«شريح بن الحارث» المتوفي سنة ٨٢هـ وكان هؤلاء الفقهاء الست ـ كما يقول «سعيد بن جبير» ـ سَرُج هذه الجهة أي قادة مدرسة الرأي في الكوفة.

أ ـ المنهج الفقهي لمدرسة الرأي:

قلنا إن مدرسة أهل الرأي ممتد جذورها إلى فقه الصحابة، وإن كانت قد ازدهرت في العراق، فإن إرهاصاتها الأولى كانت في المدينة خاصة على يد «عمر بن الخطاب» الذي كان أكثر الصحابة تأثراً بالرأي، وأقدرهم محل استجلاء العلل وقياس الفروع على الأصول، وقد أعجب به شيخ مدرسة الرأي في الكوفة الصحابي الجليل «عبد الله بن مسعود» فاتخذ منهجه، وعن طريقه أخذت مدرسة الرأي مكانها ومكانتها في تاريخ الفقه الإسلامي.

وأهم ما تميز به منهج أهل الرأي أمران:

الأمر الأول: قلة روايتهم للحديث، وحذرهم في رفع سنده إلى الرسول ﷺ، لكثرة الموضوعات في الحديث ولبعدهم المكاني عن المدينة مهد السنة، وموطن أكثر رجال الحديث. وهذا هو الوجه السلبي، أما الوجه الإيجابي لهذا الموقف فكان يتمثل في شجاعتهم في العمل بالرأي، وعدم تهيبهم من الفتيا، خاصة في واقع اجتماعي يموج بأخلاط من التيارات والشعوب والعادات والتقاليد.

الأمر الثاني: ظهور ما سمي في تاريخ التشريع بالفقه التقديري، وهو افتراض مسائل لم تقع، وإعطائها أحكاماً عن طريق القياس، وكان فقهاء العراق من مدرسة الرأي أئمة هذا الفقه التقديري بل إنهم أكثروا منه، حتى صار عند متأخري الأحناف من المتأثرين بمنهجهم في افتراض المسائل نوعاً من الألغاز الفقهية التي تستعصي على الحل.

وقد شكا الإمام «الشعبي» من معاصره الإمام «إبراهيم النخعي» كثرة

هذا النوع من الفقه عنده وكانه يسمي الذين يسلكون هذا المسلك من الفقهاء «بالأريتيين».

وكان منهج هذا المدرسة الفقهي يقوم على اعتقادهم بأن الأحكام الشرعية لها علل ومقاصد، وأنها تحمي مصالح وتصون غايات فبحثوا عن علة الحكم، وجعلوها مدار الاستنباط، واعتمدوا على القياس العقلي، وقدموه على خبر الواحد، وأصبحت الأحكام ـ على منهجهم ـ تدور مع علتها وجوداً وعدماً. وقام منهجهم في التعامل مع الأصول على الأمور التالية:

الأمر الأول: موقفهم من أخبار الآحاد:

تشدد أهل الرأي في العمل بأخبار الآحاد واشترطوا لاعتبارها عدة شروط:

اشترطوا فيه ألا يخالف القرآن والسنة المتواترة والمشهورة.

واشترطوا فيه ألا يكون مما تعم به البلوى.

واشترطوا فيه ألا يعمل راويه بخلافه.

وجاءت الخلافات في الفروع ـ كما سبق وذكرنا ـ بينهم وبين أهل الحديث تطبيقاً لموقفهم من حجية خبر الواحد.

الأمر الثاني: موقفهم من الزيادة على القرآن بخبر الواحد:

فقد رفضوا هذه الزيادة، لتمكن الشبهة في طريق النقل، وما ثبت بالدليل القطعي لا يجوز رفعه بالدليل الظني.

الأمر الثالث: موقفهم من تخصيص عام الكتاب بحديث الآحاد:

وقد رفضوا هذا التخصيص، بل رفضوا تخصيص عام السنة المتواترة والمشهورة بخبر الواحد، وهو متناسق مع قولهم بأن الدليل الظني لا يعارض القطعي، والتخصيص إنما يكون بطريق المعارضة.

وقد اتسع منهج مدرسة الرأي، لكثير مما رفضته مدرسة الحديث،

فقد توسعت في القياس، وعنيت من أقيستها بالحدود والضوابط، بسبب تأثرها بمنطق اليونان والثقافات التي كانت تسود بيئة العراق، وقد جاء هذا التوسع في المنهج بزاد فقهي جديد دخل إلى الحياة الفقهية العراقية عن طريق الفقه الافتراضي، واستخدام الحيل الشرعية، بما جعل لهذا الفقه سمات لا يشاركها فيها غيره، صحيح أن أهل الرأي لا يختلفون عن غيرهم في تقديم القرآن باعتباره المصدر الأول، والسنة باعتبارها المصدر الثاني، ولكنهم رفضوا بعد ذلك اعتبار أخبار الآحاد مصدراً مستقلاً للأحكام، وقدموا عليها القياس وأسرفوا فيه.

ب ـ الأسباب التي شكلت منهج أهل الرأي[1]:

لقد تكون منهج أهل الرأي في سياق عقلي وجغرافي يستدعيه وكانت له عدة أسباب هي:

الأول: أن العراقيين كانوا أقل شأناً في تلقي الحديث من أهل الحجاز لأن حديث رسول الله ﷺ بديء وختم بالحجاز، وكان أهل العراق يتلقون الحديث من مكان بعيد منهم، فكان يداخله أثناء سفره إليهم تغيرات عابها عليهم أهل الحجاز، فكان «مالك» يسمي الكوفة «دار الضرب» بمعنى أنها تضيع الأحاديث وتصنعها كدار ضرب النقود، ويقول «إذا جاوز الحديث «الحرتين» ضعفت شجاعته، وقال «ابن شهاب» يخرج الحديث من عندنا شبراً فيعود في العراق ذراعاً».

الثاني: كان العراق مسرحاً لأخلاط من الخلق دخلوا الإسلام على وهن، فلم يتمكن من قلوبهم، ربما كان فيهم من يصنع الحديث، أو يتزيد فيه لحاجة في نفسه.

الثالث: كان العراق مسرحاً أيضاً لأصحاب مذاهب شتى من المعتزلة والمرجئة وفرقة أخرى من المتكلمين، وكان الجدل بينهم محتدماً، والصراع المذهبي شديداً، فربما كان منهم من يضع الحديث، أو يتزيد فيه لنصرة مذهبه.

---

(١) د. سعاد جلال المرجع السابق ص١٥٤ ـ ١٥٥.

الرابع: كان العراق قطراً متمدناً ذا حضارة سابقة ونظم قائمة تتعلق بالزراعة والري، والضرائب والاقتصاد والجندية، وتقاليد عتيدة في العلاقات الاجتماعية من الزواج والطلاق، ونظام الأسرة والقرابة وغيرها مما يستدعي سعة التشريع وتعمقه، وهو ما يفرض الحاجة إلى الرأي.

الخامس: أنه نزل بالعراق طائفة من كبار الصحابة كانوا يستعملون الرأي «كعلي بن أبي طالب» و«عبد الله بن مسعود» الذي كان يلتزم سيرة «عمر بن الخطاب»، ولا يكاد يفارق رأيه، وكان «عمر» أثبت الناس عملاً «بالرأي» فطبع سلوك هؤلاء الصحابة أثره القاطع على فقه أهل العراق، ومنحاهم في التشريع.

وقد أدت هذه الأسباب مجتمعة ومتداخلة إلى صبغة الفقه العراقي بصبغة «الرأي» لا «الحديث».

«ولا يفهم مما ذكرنا أخذ أهل الحديث لم يفزعوا إلى استعمال الرأي قط أو أن أهل الرأي لم يكونوا يلجأون إلى استعمال الحديث قط، بل كان أهل الحديث يضطرون إلى استعمال الرأي، ولكن على قلة، لأن تقدم المدينة من المجتمعات الإسلامية بما تحمله فوق عبابها من المشكلات والمسائل التي لا تجد لها حلاً نصياً في الحديث، وأقوال الصحابة عند من يأخذ بقولهم ما كان ينشيء ضرورة ملزمة باستعمال الرأي في تغطية هذه المشكلات والمسائل، فقد ظهر عند «مالك» وهو إمام مدرسة أهل الحديث القول بالمصالح المرسلة وهو في حقيقته قول بالرأي، لأن العمل به ضرورة تشريعية ناشئة عن عدم وجود نص خاص، أو حتى القياس على نص خاص يفي بحاجة الفتوى في الحادثة الجديدة، فينتقل المشرع إلى العمل بمقتضى أدلة الشريعة العامة الدائرة حول حفظ الضرورات الخمسة المعتبرة في كل ملة وهي . . . النفس والعقل والدين والنسب والمال، وذلك على قياس ما ظهر عند الحنفية من مبدأ «الاستحسان» وهو استثناء الحادثة من الحكم الثابت لنظيرتها وإعطائها حكماً غيره لمعنى مصلحي اقتضى ذلك، كبيع السلم فإنه استثناء من قاعدة بيع ما ليس عند البائع، لكنه جاز لحاجة الناس إليه . .

وكذلك أهل الرأي كالحنفية لم يكن في وسعهم أن يطرحوا حديث رسول الله ﷺ جانباً لكنهم كانوا يتشددون في الشروط المسوغة لقبولهم له، فكانوا يشترطون في الحديث موافقته للقرآن، وموافقته لحكم العقل في مثل ما جرت به العادات، وأن يكون حديثاً معروفاً عند أهل العلم، لا حديثاً شاذاً حدث به واحد أو اثنان، وهو ما يعرف بالحديث «المشهور» عندهم، وهو ما ثبت له «التواتر» في القرن الثاني، وهم من اشتراطهم هذه الشروط الدقيقة قل أخذهم بالحديث، ورفضوا اعتماد كثير من الأحاديث التي أخذ بها غيرهم من أصحاب المذاهب الأخرى، واعتمدوا على الأخذ «بالرأي» و«القياس»، بل إنهم ليقدمون القياس على الحديث الصحيح إذا خالف كل الأقيسة، وكان راويه صحابياً غير فقيه، «كأبي هريرة» و«أنس بن مالك» وذلك كحديث «المصراة» المعروف.

والحاصل أن كلاً من أهل الحديث وأهل الرأي، لم يستغن عن استعمال كل منهما للرأي، ولكن وقع الخلاف بينهم في مقدار الأخذ بالرأي على درجات متفاوتة[١].

---

(١) د. سعاد جلال المرجع السابق ص١٥٦ ـ ١٥٧.

المطلب الثاني

المذاهب الفقهية

في آخر عصر التابعين ـ كما يقول العلامة الشيخ محمد أبو زهرة ـ أخذت المدارس الفقهية تتميز، وتختلف المناهج، وإن لم يكن الاختلاف مؤدياً إلى التباين، فصار في العراق مدرسة تتميز عن غيرها، وصار في المدينة مدرسة تتميز بكثرة الآثار فيها، ورأيها مبني على المصلحة، بينما رأي مدرسة العراق مبني على القياس في أكثر الأحوال كما ذكرنا من قبل، ولقد كان يميز الفقه في المدارس خطوة أولى أدت إلى الثانية، وهي تميز المذاهب، وقد انتهت إلى نهايتها، فقد صار لكل إمام مدرسة وتلاميذ ينهجون منهاجه، ويتبعون سبيله.

وامتاز عصر المذاهب الفقهية بأمور ثلاثة:

الأمر الأول: وضع علم أصول الفقه، حيث اتضحت معالمه وتحددت مباحثه، وبذلك اكتملت أدوات المجتهد، وتأسس علم المنهج، ووضعت قواعد الاستنباط، كل ذلك في منظومة علمية واحدة، على يد الإمام «الشافعي» الذي أحاط بتراث الفقه عند سابقيه وعند معاصريه، فقد درس فقه المدينة على الإمام «مالك» فقيه دار الهجرة، ودرس فقه الكوفة على يد الإمام «محمد بن الحسن» تلميذ «أبي حنيفة» ومدون المذهب، وحامل لوائه في الربع الأخير من القرن الهجري الثاني وهكذا جمع «الشافعي» بين أهل الحديث وأهل الرأي، وكان لا بد أن يوازن بين هذين النوعين من الفقه، وقبل أن يوازن كان لا بد من وضع مقاييس يقيس بها الحق من الباطل، فكان ذلك المقياس هو علم أصول الفقه، وهو ميزان توزن به الآراء، وفوق ذلك هو المنهاج الواضح الاتباع من الفقيه الذي يستنبط الأحكام من مصادرها، وعن طريق هذا العلم أيضاً تعرف مسالك الاجتهاد بالرأي.

الأمر الثاني: وضوح المناهج وضوحاً بيناً، وارتباطها برجال لا بأقاليم، وأصبح لأبي «حنيفة» منهجه وتلاميذه، و«لمالك» منهجه وتلاميذه، ونفس الشيء بالنسبة «للشافعي» و«ابن حنبل»، ولم يكن الفقهاء الأربعة أصحاء المذاهب الباقية وحدهم في الميدان، بل وجد معهم فقهاء لا يقلون عنهم فقهاً، ولهم أيضاً أصول ومذاهب، «كالليث بن سعد» فقيه مصر والأوزاعي فقيه الشام، و«داود الظاهري» وغير هؤلاء من أعلام الفقه الإسلامي، الذين من خلال جهودهم وجهادهم العلمي ارتفع بناء الفقه الشامخ، ليطاول كل بناء فقهي، على المستوى العالمي.

الأمر الثالث: البدء في تدوين الفقه: وقد كانت البداية قوية، لأن الفقه في هذه المرحلة كان مزدهراً، والعقول كانت خصبة، وحياة الناس كانت تموج بما يساعد على هذا النمو والازدهار، وبدأ تدوين الفقه في هذه الرحلة مختلطاً بتدوين الحديث، وهو ما مثَّله كتاب الموطأ للإمام «مالك» وقد اشتمل هذا الكتاب على فقه، وعلى حديث، وعلى أقوال الصحابة، وآراء بعض التابعين، وجمع فقه مدرسة الحديث، وبعض فقه الرأي وقال جامعه وهو الإمام «مالك» «فيه رأي وليس برأي» وذلك لأن الرأي فيه كان حكاية لآراء الصحابة، أو تخيراً منها، أو بناء عليها، فهو من حيث الاختيار والبناء رأي، ومن حيث ما فيه نقلاً واعتماداً على ما أثر عن الصحابة ـ رضوان الله عليهم، كتاب آثار، ولكنه في مجموعه أصدق مجموعة ـ في زمنه ـ في الحديث وأنضج مجموعة في الفقه. وقد جاء من بعده «إبراهيم النخعي» ليفصل بين تدوين الفقه وتدوين الحديث، فقد نقل الرواة أنه جمع فتاوي الفقهاء وآرائهم ومبادئهم في كتاب واحد.

وهذا النمو الذي شهده العصر له أسبابه ودواعيه، والذي يقرأ تاريخ الفقه من زاوية علم الاجتماع الفقهي، يرى أمامه صورة واضحة للتطور، وأسباباً لنمو تبدو للعيان.

١ ـ أسباب ازدهار الفقه في هذا العصر:

أسباب ازدهار الفقه كثيرة، وعلل نموه متعددة نشير إلى منها:

الأول: الاتجاه الديني للدولة العباسية، واهتمامهم بإظهار ذلك في كل المجالات، وقد كان لعملهم هذا أثر في التشريع، لأنهم كانوا يرجعون في أمور الدولة المتشعبة إلى العلماء، واتسعت دائرة الفتوى لكثرة استفتاء الأمراء، وبدأوا يجتهدون في أحكام تشريعية لأنظمة الزراعة والري وجباية الضرائب، وتنظيم الدواوين، بل ألفوا في ذلك كما فعل الإمام «أبو يوسف» في كتاب «الخراج»، وهذا يجعل دائرة عمل الفقيه واسعة النطاق.

الثاني: توسع الفقهاء في «الفقه التقديري» خاصة أصحاب مذاهب الرأي، مما أثرى الفقه، وأمد الحياة العامة بحلول مستقبلية لكثير من القضايا الفقهية المتوقعة، حتى قبل نزولها.

الثالث: اكتمال سلطة الدولة، واتساع وظائفها، وامتداد إقليمها، أدى إلى اتساع دائرة البحث الفقهي لتشمل العبادات وتستوعب المعاملات في جوانبها المدنية والجنائية والتجارية والدولية. وظهرت في ذلك الوقت مؤلفات مفردة تعالج بعض هذه الجوانب، ككتاب الأموال «لأبي عبيد» وكتاب «السير الكبير» و«السير الصغير» «لمحمد بن الحسن» وكلاهما في الفقه الدولي الإسلامي الخاص والعام.

الرابع: زيادة الخلاف بين الفقهاء، مما أبرز في الواقع العملي منهج الفقه المقارن، وبدأ أصحاب كل مذهب ينتصرون لمذهبهم، ويتحدثون عن فضائل إمامهم، وهذه المناظرات الفقهية أثرت الفقه، ويمكن أن نشير إلى الرسالتين المتبادلتين بين «الليث بن سعد» فقيه مصر، والإمام «مالك» فقيه المدينة(١). وبدأت كتب الخلاف تظهر مثال ذلك كتاب «الحجة على أهل المدينة» للإمام «محمد بن الحسن الشيباني» ورسائل الإمام «الشافعي» في الرد عليه.

الخامس: تأثر فقهاء المسلمين بثقافات الأمم الأخرى المختلفة التي دخلت الإسلام، وكان لها أثر كبير في النضج الفكري واتساع المدارك،

---

(١) سوف نورد نص هاتين الرسالتين عند حديثنا عن الإمام «مالك».

خاصة وأن حركة الترجمة لمختلف العلوم نشطت في هذا العصر، ولم تكن ترجمة كتب الفلسفة والمنطق منعدمة التأثير على حركة الفقه.

٢ ـ أسباب اختلاف الفقهاء:

اختلاف الفقهاء يرجع إلى عصر الصحابة، وكلما جاءت طبقة من المجتهدين زاد الخلاف بينهم، ولكنه ازداد في عصر الفقهاء أصحاب المذاهب حتى كادت كتب الخلاف أن تتحول إلى علم خاص له قواعده المستقلة، وأهم أسباب الخلاف بين فقهاء المذاهب ما يلي:

أ ـ اختلافهم في فهم معاني ألفاظ القرآن والسنة كأن يكون هناك ألفاظ من قبيل المشترك اللفظي فتحتمل التأويل كاختلافهم في لفظ القرء في قوله تعالى: **﴿والمطلقات يتربصن بأنفسهن ثلاثة قروء﴾**.

ب ـ اختلافهم في الأحاديث الواردة في الموضوع الواحد، وحجية بعضها عند البعض، وردها عند البعض الآخر لضعف في التوثيق والصحة.

جـ ـ اختلافهم في تقدير ما يروي من الأحاديث لهم، «فأبو حنيفة» وأصحابه كانوا لا يأخذون إلا بالسنة التي شاعت في أيدي الثقات، والذي يخالف القرآن منها لا يعتبر عندهم من سنة رسول الله وإن جاءت الرواية به، والإمام «مالك» وأصحابه يرجحون عليه عمل أهل المدينة ويردون ما عداه، و«الشافعي» كان يأخذ بكل سنة رويت لسند صحيح ولو رويت برواية الآحاد، وعند هذا الاختلاف اختلفوا في تشريع الأحكام.

د ـ قد يكون في المسألة أمر أو نهى فيختلف الفقهاء في محل الأمر على الوجوب أو الندب، وفي حمل النهي التحريم، أو الكراهة، وهذه الدلالات كانت من أهم أسباب اختلاف الفقهاء.

هـ ـ اختلافهم في حجة مفهوم المخالفة، فالشافعية والمالكية يرون أن النص حجة على ثبوت حكمه في منطوقه، وعلى ثبوت نقيض هذا الحكم في مفهوم المخالف، والحنفية يرون أن النص ليس حجة على ثبوت حكم في مفهومه المخالف.

و ـ اختلافهم في فهم مقاصد الشريعة وعللها، ولهذا جاء اختلافهم في القياس بين منكر ومثبت، واختلافهم في وقائعه بين علة متحققة وعلة منعدمة.

ز ـ بناؤهم الأحكام علىّ قاعدة درء المفاسد وجلب المصالح، وهي قاعدة تقوم أصلاً على الرأي، وهو قد يتفق مرة ولكن الاختلاف من طبيعة وجوه، خاصة وإن اتساع الرقعة الإقليمة للدولة الإسلامية، جعل تغير الأحوال، واختلاف العادات باختلاف البلاد والأقطار، من أسباب اختلاف الفقهاء.

ولكن هذا الخلاف لم يمنع حرية الاجتهاد بل إنها إحدى مميزات ذلك العصر، وكان كل قادر على الاجتهاد يستطيع أن يتعرف حكم الله في الحوادث الجديدة التي لا نص فيه، وكان غير المجتهدين يسألون أي فقيه دون انتماء إلى شخص أو اهتمام بمذهب، فلم يكن المذهب قد عرف بعد على المستوى العام، وكان القضاة والمفتون أحراراً في فتاويهم وأحكامهم دون أن يتقيد أحد منهم برأي غيرهم، الأمر الذي أدى إلى اتساع في الفقه من ناحية، وتضارب في أحكام القضاء من ناحية أخرى، حتى حاول بعض الخلفاء جمع المسلمين على كتاب واحد، وهو محاولة بدأها «أبو جعفر المنصور» مع الإمام «مالك» ولكنه رفض أن يكون كتابه «الموطأ» قانوناً عاماً للمسلمين. ولو أنه فعل لتغير وجه التاريخ القضائي عند المسلمين.

٣ ـ أهم المذاهب السنية الباقية:

لقد كان عصر الازدهار هو عصر نشأة المذاهب، التي تنوعت وانتشرت في كافة العواصم الإسلامية، وهي مذاهب منها ما بقي واستمر، ومنها ما لم يستطع مصارعة الدهر واختفى ولكن بقيت أخباره في بطون موسوعات الفقه، كمذهب الطبري، والأوزاعي والليث بن سعد، ومنها ما حافظ على تراثه بنفسه من خلال نهضة خاصة به لمعت في الأفق ثم انطفأت، ولا يقدم لنا تاريخ المذاهب مثالاً لذلك إلا في المذهب الظاهري الذي شهد صحوة على يد «ابن حزم» حفظت أصول المذهب وفروعه في

كتابين عظيمين هما «المحلي» في الفقه «والإحكام في أصول الأحكام» في علم أصول الفقه.

وسوف نشير هنا بإيجاز شديد لأهم المذاهب السنية الباقية.

أ ـ المذهب الحنفي:

مؤسس هذا المذهب هو الإمام «أبو حنيفة النعمان بن ثابت» ولد بالكوفة سنة ٨٠هـ وتوفي ببغداد سنة ١٥٠ وبين المولد والوفاة كانت حياته حافلة بكل جوانب النشاط الفقهي، وقد عاصر «أبو حنيفة» بعض الصحابة، كما عاصر كبار التابعين، واشتغل أولاً بعلم الكلام وينسب إليه فيه كتاب «الفقه الأكبر» ثم اشتغل بالفقه. وصار إماماً فيه ومؤسس مذهب يعد أسبق المذاهب الفقهية نشأة، وأعمقها أثراً في حياة المسلمين الفقهية والقضائية.

وفقه «أبو حنيفة» يقوم على العلم والتجربة، أما العلم فقد حصّله من كبار أساتذته وهم أجلاء التابعين، وأما التجربة فقد أخذها من عمله بالتجارة، ووصوله إلى الأسواق حيث البيع والشراء وغيرهما من صور المعاملات كالصرف والسلم والدين والشركة، فتكلم في هذا عن رواية ودراية مما جعل فقهه يحاور الواقع ويعبر بما فيه من أحوال ونوازل. وقد أثنى عليه كثير من الفقهاء من معاصريه، وممن جاءوا بعده، قال الإمام «مالك» بعد أن ناقشه في عدة مسائل «إنه لفقيه» وقال عنه «الشافعي» «الناس في الفقه عيال على أبي حنيفة» وقال فيه «عبد الله بن المبارك» «إنه مخ العلم» وسوف نشير في إيجاز إلى أمرين:

الأمر الأول: منهجه في الاستنباط:

لقد حدد «أبو حنيفة» منهجه في الاستنباط بنفسه فقال «آخذ بكتاب الله إذا وجدته، فما لا أجده فيه أخذت بسنة رسول الله والآثار الصحاح عنه التي فشت في أيدي الثقاة، فإذا لم أجد فيهما أخذت بقول أصحابه ممن شئت وأدع قول من شئت، ثم لا أخرج عن قولهم إلى قول غيرهم فإذا انتهى الأمر إلى التابعين كإبراهيم النخعي، والشعبي، والحسن، وسعيد بن المسيّب فلي أن أجتهد كما اجتهدوا» فأصوله في الاستنباط هي:

ـ **القرآن الكريم**: ويعتبر «أبو حنيفة» من أوائل من بين وجوه دلالات القرآن، ومن أبرز ما اختلف فيه مع الجمهور قطعية دلالة العام وعدم الأخذ بمفهوم المخالفة.

ـ **السنة النبوية**: لم يعد عن السنة بعد القرآن إلى مصدر آخر، غير أن له منهجاً خاصاً في العمل بأحاديث الآحاد هو منهج مدرسة أهل الرأي كما سبق وذكرنا.

ـ **الإجماع**: يحتج «أبو حنيفة» بالإجماع مطلقاً إذا ثبت نقله، فيعتبر الصريح منه حجة قطعية، والسكوتي حجة ظنية.

ـ **قول الصحابة**: كان «أبو حنيفة» يعمل بقول الصحابي فيما ليس فيه مجال للرأي كالعبادات والحدود والمقدرات، فهو في نظره بمثابة السنة المسندة إلى الرسول فيقدمه على القياس.

ـ **القياس**: وقد توسع في الأخذ به ففاق سابقيه ومعاصريه ولعل ذكاءه وخبرته وسعة إدراكه دعمت منهجه القياسي وصوبت أغلب فروعه القياسية.

ـ **الاستحسان**: وهو وإن لم ينفرد به إلا أنه يعتبر أكثر الأئمة أخذاً به.

ـ **العرف**: أخذ «أبو حنيفة» بالعرف وقدمه على القياس عند التعارض، وبنى عليه كثيراً من فروعه الفقهية.

الأمر الثاني: تلاميذه:

«لأبي حنيفة» تلاميذ عرفوا فيما بعد بأصحابه، تعلموا عليه وأخذوا طرقه في الاستنباط، وكانوا يجتهدون مثله وخالفوه في بعض المسائل، ومذهبه يتكون من مجموع آرائهم بالإضافة إليه، ومن أشهر هؤلاء التلاميذ «أبو يوسف» و«محمد» و«زفر».

وقد حفظت آراء المذهب في كتابات «محمد بن الحسن» وإليه يرجع الفضل في تدوين المذهب ومن أشهر كتبه.

ـ **كتب ظاهر الرواية**: وهي أصح روايات المذهب، وهي الكتب الستة المبسوط، والجامع الكبير، والجامع الصغير، والسير الكبير، والسير

الصغير، والزيادات، وهذه الكتب التي جمعت في كتاب «الكافي» وشرحها الإمام «السرخسي» في كتابه المبسوط.

ـ **كتب النوادر**: كالهارونيات والجرجانيات والكيسانيات.

ـ **كتب الواقعات**: وهي في نوازل وأقضية المذهب.

ب ـ المذهب المالكي:

وينسب إلى مؤسسة «مالك بن أنس» إمام دار الهجرة، والذي ولد في سنة ٩٣هـ، وتوفي عام ١٧٩هـ. ولد وأقام ومات في المدينة لم يرحل عنها إلا حاجاً. وقد تتلمذ عليه فقهاء عصره ومنهم «محمد بن الحسن» و«الإمام الشافعي».

وقد استطاع الإمام مالك أن يدون فقهه بنفسه في كتابين مشهورين هما «الموطأ» و«المدونة» وقد قام تلاميذه بنشر مذهبه في الأمصار، وعلى رأس هؤلاء التلاميذ، «عبد الله بن وهب» و«عبد الرحمن بن القاسم» من المصريين، و«أسد بن الفرات» و«سحنون التنوخي» من المغاربة.

وسوف نشير ـ بإيجاز ـ إلى معالم منهجه الاجتهادي:

ـ **القرآن الكريم**: وهذا قاسم مشترك بين كافة المذاهب لأنه الأصل الأول عند كل المسلمين.

ـ **السنة النبوية**: ولم يكن يشترط في قبولها ما اشترطه أصحاب مدرسة الرأي. ولم يشترط في خبر الواحد إلا موافقته لعمل أهل المدينة، ولكن لا يرده لمخالفته القياس، أو لعدم عمل الراوي به.

ـ **الإجماع**: وكأنه يراه متحققاً في إجماع أهل المدينة.

ـ **عمل أهل المدينة**: وهذا من أصول المذهب، ويقدمه الإمام «مالك» على القياس، وعلى أخبار الآحاد، لأن عملهم عنده رواية جماعية، فهي أولى بالتقديم من الرواية الفردية.

ـ **العمل بالصلحة المرسلة**: ويعد مذهبه من المذاهب التي توسعت بالأخذ بالمصلحة، وأقامت عليها كثيراً من الفروع الفقهية.

ـ **الأخذ بقول الصحابي**: إذا صح سنده، ولم يخالف الحديث المرفوع، بل إنه يقدمه في هذه الحالة على القياس.

ـ: **الأخذ بالاستحسان**: في مسائل كثيرة، كالقول بتضمين الصناع، وهو بذلك يقترب من مدرسة أهل الرأي، مما يؤكد أن الرأي صفة غالبة لمدرسة الرأي، والحديث صفة غالبة لمدرسة الحديث.

رسالة مالك إلى الليث بن سعد:

ـ «من مالك بن أنس إلى الليث بن سعد، سلام عليكم، فإني أحمد الله الذي لا إله إلا هو، أما بعد: عصمنا الله وإياك بطاعته في السر والعلانية، وعافانا وإياكم من كل مكروه.

«واعلم رحمك الله أنه بلغني أنك تُفْتي الناس بأشياء مختلفة، مخالفة لما عليه الناس عندنا وببلدنا الذي نحن فيه. وأنت، في أمانتك وفضلك ومنزلتك من أهل بلدك، وحاجة من قِبَلك إليك واعتمادهم على ما جاء منك، حقيق بأن تخالف على نفسك، وتتبع ما نرجو النجاة باتباعه؛ فإن الله تعالى يقول في كتابه: ﴿**والسابقون الأولون من المهاجرين والأنصار...**﴾ الآية[1]، وقال تعالى: ﴿**فبشر عبادي الذين يستمعون القول فيتبعون أحسنه...**﴾ الآية[2].

«فإنما الناس تبع لأهل المدينة؛ إليها كانت الهجرة، وبها تنزَّل القرآن، وأُحل الحلال وحُرم الحرام. إذ رسول الله ﷺ بين أظهرُهم، يحضرون الوحي والتنزيل، ويأمرهم فيطيعونه ويَسُنُّ لهم فيتبعوه، حتى توفاه الله واختار له ما عنده، صلوات الله عليه ورحمته وبركاته.

ثم قام من بعده الناس له من أمته، ممن ولي الأمر من بعده، بما نزل

---

(١) هذه الآية رقم ١٠٠ من سورة التوبة، وتمامها: ﴿**والذين اتبعوهم بإحسان رضي الله عنهم ورضوا عنهم، وأعد لهم جنات تجري من تحتها الأنهار خالدين فيها أبداً، ذلك الفوز العظيم**﴾.

(٢) وهذه الآية رقم ١٨ من سورة الزمر، وتمامها: ﴿**أولئك الذين هداهم الله، وأولئك هم أولوا الألباب**﴾.

بهم؛ فما علموا أنفذوه، وما لم يكن عندهم فيه علم سألوا عنه، ثم أخذوا بأقوى ما وجدوا في ذلك في اجتهادهم وحداثة عهدهم؛ وإن خالفهم مخالف، أو قال امرؤ غيره أقوى منه وأولى، ترك قوله وعمل بغيره.

ثم كان التابعون من بعدهم يسلكون تلك السبيل، ويتبعون تلك السنن، فإذا كان الأمر بالمدينة ظاهراً معمولاً به، لم أر لأحد خلافه، الذي بين أيديهم من تلك الوراثة التي لا يجوز انتحالها ولا ادعاؤها. ولو ذهب أهل الأمصار يقولون: هذا العمل ببلدنا، وهذا الذي مضى عليه من مضى منا، لم يكونوا فيه من ذلك على ثقة، ولم يكن لهم من ذلك الذي جاز لهم.

فانظر رحمك الله فيما كتبت إليك لنفسك، واعلم أني ألا يكون دعاني إلى ما كتبت به إليك إلا النصيحة لله وحده والنظر لك والضنّ بك، فأنزل كتابي منزلته فإنك إن علمت تعلم أني لم آلك نصحاً. وفقنا الله وإياك لطاعته وطاعة رسوله في كل أمر وعلى كل حال، والسلام عليك ورحمة الله وبركاته[(١)].

- هذا هو الجزء الذي نجده من رسالة مالك كما نقله القاضي عياض، ويقيننا أنها كانت أكبر من ذلك، كما يتبين من رد الإمام الليث في رسالته إليه عن المسائل التي أثارها، هذه المسائل التي لا نجدها في الجزء الذي بين أيدينا من رسالة إمام دار الهجرة. أما رسالة الليث، فهي هذه كما رواه الإمام ابن القيم إذ لم نجدها لدى غيره[(٢)].

- رسالة الليث بن سعد إلى مالك:

سلام عليك، فإني أحمد الله إليك الذي لا إله إلا هو، أما بعد! عافانا الله وإياك، وأحسن لنا العاقبة في الدنيا والآخرة. قد بلغني كتابك تذكر فيه من صلاح حالكم الذي يسرني، فأدام الله ذلك لكم، وأتمه بالعون

(١) عن ترتيب المدارك للقاضي عياض، ص٣٤.
(٢) راجع إعلام الموقعين، جـ٣: ٧٢ - ٧٧ والتعليق للدكتور محمد يوسف موسى.

على شكره والزيادة من إحسانه. وذكرت نظرك في الكتب التي بعثت بها إليك، وإقامتك إياها وخَتْمك عليها بخاتمك، وقد أتتنا، فجزاك الله عما قدمت منها خيراً؛ فإنها كتب انتهت إلينا عنك، فأحببت أن أبلغ حقيقتها بنظرك فيها.

وذكرت أنه قد أنشطك ما كتبت إليك فيه من تقويم ما أتاني عنك، إلى ابتدأني بالنصيحة ورجوت أن يكون لها عندي موضوع؛ وأنه لم يمنعك من ذلك فيما خلا إلا أن يكون رأيك فينا جميلاً، وإلا لأني لم أذاكرك مثل هذا؛ وأنه بلغك أني أُفتي بأشياء مخالفة لما عليه جماعة الناس عندكم، وأنه يحق عليَّ الخوف على نفسي لاعتماد من قِبَلي على ما أفتيتهم به؛ وأن الناس تبع لأهل المدينة التي إليها كانت الهجرة، وبها نزل القرآن.

وقد أصبت بالذي كتبت به من ذلك إن شاء الله تعالى، ووقع مني بالموقع الذي تحب، وما أجد أحداً ينسب إليه العلم أكره لشوَاذ الفُتْيا، ولا أشد تفضيلاً لعلماء أهل المدينة، ولا آخذ لفتياهم فيما اتفقوا عليه، مني والحمد لله رب العالمين ولا شريك له.

وأما ما ذكرت من مقام رسول الله ﷺ بالمدينة، ونزول القرآن بها عليه بين ظَهْرَانَيْ أصحابه، وما علّمهم الله منه، وأن الناس صاروا به تبعاً لهم فيه، فكما ذكرت.

وأما ما ذكرت من قول الله تعالى: ﴿**والسابقون الأولون من المهاجرين والأنصار والذين اتبعوهم بإحسان، رضي الله عنهم ورضوا عنه، وأعد لهم جنات تجري من تحتها الأنهار خالدين فيها أبداً، ذلك الفوز العظيم**﴾؛ فإن كثيراً من أولئك السابقين المهاجرين خرجوا في الجهاد في سبيل الله ابتغاء مرضاة الله، فجندوا الأجناد واجتمع إليهم الناس، فأظهروا بين ظهرانيهم كتاب الله وسنة نبيه، ولم يكتموا لهم شيئاً علموه.

وكان في كل جند منهم طائفة يعلّمون لله كتاب الله وسنة نبيه، ويجتهدون برأيهم فيما لم يفسره لهم القرآن والسنة، وتقدمهم عليه أبو بكر وعمر وعثمان الذين اختارهم المسلمون لأنفسهم، ولم يكن أولئك الثلاثة

مُضَيّعين لأجناد المسلمين ولا غافلين عنهم[1]، بل كانوا يكتبون في الأمر اليسير لإقامة الدين والحذر من الاختلاف بكتاب الله وسنة نبيه. فلم يتركوا أمراً فسَّره القرآن، أو عمل به النبي ﷺ، أو ائتمروا فيه بعده، إلا عَلَّموهُمُوه.

فإذا جاء أمر عمل فيه أصحاب رسول الله ﷺ، بمصر والشام والعراق على عهد أبي بكر وعمر وعثمان، حتى قُبِضوا لم يأمروهم بغيره، فلا نراه يجوز لأجناد المسلمين أن يحدثوا اليوم أمراً لم يعمل به سلفهم من أصحاب رسول الله ﷺ والتابعين لهم. مع أن أصحاب رسول الله ﷺ، قد اختلفوا بعدُ في الفُتْيا في أشياء كثيرة، ولولا أني قد عرفت أن قد علمتَها كتبت بها إليك.

ثم اختلف التابعون في أشياء بعد أصحاب رسول الله ﷺ، سعيد بن المسيبت ونظراؤه، أشد الاختلاف. ثم اختلف الذين كانوا بعدهم فحضرتهم بالمدينة وغيرها، ورأسهم يومئذ ابن شهاب وربيعة بن أبي عبد الرحمٰن.

وكان من خلاف ربيعة لبعض ما قد مضى، ما قد عرفت وحضرت وسمعت قولك فيه وقول ذوي الرأي من أهل المدينة، يحيى بن سعيد وعبيد الله بن عمر وكثير ابن فرقد وغير كثير ممن هو أسنّ منه، حتى اضطرك ما كرهت من ذلك إلى فراق مجلسه.

وذاكرتك أنت وعبد العزيز بن عبد الله بعض ما نعيب على ربيعة من ذلك، فكنتما من الموافقين فيما أنكرت، تكرهان منه ما أكرهه. ومع ذلك يحمد الله، عند ربيعة خير كثير، وعقل أصيل، ولسان بليغ، وفضل مستبين، وطريقة حسنة في الإسلام، ومودة صادقة لإخوانه عامة ولنا خاصة؛ رحمة الله وغفر له، وجزاه بأحسن من عمله.

---

(١) لا ندري لما لم يذكر الليث علي بن أبي طالب مع أصحابه الثلاثة، وكلهم كانوا في ذلك سواء!

وكان يكون من ابن شهاب اختلاف كثير إذا لقيناه وإذا كاتبه بعضنا؛ فربما كتب إليه في الشيء الواحد، على فضل رأيه وعلمه، بثلاثة أنواع ينقض بعضها بعضاً، ولا يشعر بالذي مضى من رأيه في ذلك.

فهذا الذي يدعوني إلى ترك ما أنكرت تركي إياه.

وقد عرفت أيضاً إنكاري إياه أن يجمع أحد من أجناد المسلمين بين الصلاتين ليلة المطر، ومطر الشام أكثر من مطر المدينة بما لا يعلمه إلا الله، لم يجمع منهم إمام قط في ليلة مطر؛ وفيهم أبو عبيدة بن الجراح، وخالد بن الوليد، ويزيد ابن أبي سفيان، وعمرو بن العاص ومعاذ بن جبل ـ وقد بلغنا أن رسول الله ﷺ قال: «أعلمكم بالحلال والحرام معاذ بن جبل»، ويقال: يأتي معاذ يوم القيامة بين يدي العلماء بِرَتْوَة[1] ـ وشُرَحْبِيل بن حَسَنة، وأبو الدرداء، وبلال بن رباح.

وكان أبو ذر بمصر والزبير بن العوام وسعد بن أبي وقاص، وبحمص سبعون من أهل بدر، وبأجناد المسلمين كلها، وبالعراق حُذَيْفة بن اليمان وعمران بن حُصَيْن، ونزلها أمير المسلمين علي بن أبي طالب ـ كرّم الله وجهه في الجنة ـ سنين، وكان معه من أصحاب رسول الله ﷺ، فلم يجمعوا بين المغرب والعشاء قط.

ومن ذلك، القضاء بشهادة شاهد ويمين صاحب الحق، وقد عرفت أنه لم يُقض في المدينة به، ولم يقصد به أصحاب رسول الله ﷺ بالشام وبحمص، ولا بمصر ولا بالعراق، ولم يكتب به إليهم الخلفاء الراشدون: أبو بكر وعمر وعثمان وعليّ.

ثم ولي عمر بن عبد العزيز، وكان كما قد علمت في إحياء السنن والجِدّ في إقامة الدين والإصابة في الرأي والعلم بما مضى من أمر الناس، فكتب إليه زريق بن عبد الحكم: إنك كنت تقضي بالمدينة بشهادة الشاهد الواحد ويمين صاحب الحق، فكتب إليه عمر بن عبد العزيز: إنا كنا نقضي

---

(١) يريد متقدماً على العلماء بارزاً بينهم والرتونة: الخطوة، والشرف (أي العالي) من الأرض.

بذلك بالمدينة فوجدنا أهل الشام على غير ذلك، فلا نقضي إلا بشهادة رجلين عَدْلَيْن أو رجل وامرأتين، ولم يجمع بين العشاء والمغرب قط ليلة المطر، والمطر يسكب عليه في منزله الذي كان بخناصر ساكناً.

ومن ذلك، أن أهل المدينة يقضون في صَدُقات النساء أنها متى شاء أن تتكلم في مؤخر صداقها تكلمت فدُفع إليها، وقد وافق أهلُ العراق أهل المدينة على ذلك، وأهل الشام وأهل مصر. ولم يقض أحد من أصحاب رسول الله ﷺ، ولا من بعدهم، لامرأة بصداقها المؤخر إلا أن يفرق بينهما موت أو طلاق فتقوم على حقها.

ومن ذلك، قولهم في الإيلاء أنه لا يكون عليه طلاق حتى يُوقَف، وإن مرّت عليه الأربعة الأشهر. وقد حدثني نافع عن عبد الله بن عمر، وهو الذي كان يُروى عنه ذلك التوقيف بعد الأشهر، أنه كان يقول في الإيلاء الذي ذكر الله في كتابه: لا يحل للمُولي إذا بلغ الأجل إلا أن يفيء كما أمر الله أو يعزم الطلاق. وأنتم تقولونِ إن لبث بعد الأربعة الأشهر، التي سمى الله في كتابه ولم يُوقَف، لم يكن عليه طلاق.

وقد بلغنا أن عثمان بن عفان وزيد بن ثابت وقبيصة بن ذؤيب وأبا سَلَمة ابن عبد الرحمن بن عوف، قالوا في الإيلاء: إذا مضت الأربعة الأشهر فهي تطليقة بائنة، وقال سعيد بن المسيِّب وأبو بكر بن عبد الرحمن بن الحارث وابن هشام وابن شهاب: إذا مضت الأربعة الأشهر فهي تطليقة وله الرجعة في العدة.

ومن ذلك، أن زيد بن ثابت كان يقول: إذا ملك الرجل امرأته، فاختارت زوجها، فهي تطليقة؛ وإن طلقت نفسها ثلاثة فهي تطليقة، وقضى بذلك عبد الملك بن مروان، وكان ربيعة بن أبي عبد الرحمن يقوله. وقد كاد الناس يجتمعون على أنها اختارت زوجها لم يكن فيه طلاق، وإن اختارت نفسها واحدة أو اثنتين كانت له عليها الرجعة، وإن طلقت نفسها ثلاثاً بانت منه ولم تحل له حتى تنكح زوجاً غيره فيدخل بها ثم يموت أو يطلقها، إلا أن يرد عليها في مجلسه فيقول: إنما ملَّكْتك واحدة، فيستحلف ويُخَلَّى بينه وبين امرأته.

ومن ذلك، أن عبد الله بن مسعود كان يقول: أَيُّما رجل تزوج أمة، ثم اشتراها زوجها، فاشتراؤها إياها ثلاث تطليقات، وكان ربيعة يقول ذلك؛ وإن تزوجت المرأة الحرة عبداً فاشترته، فمثل ذلك.

وقد بُلِّغنا عنكم شيئاً من الفُتْيا مستكرهاً وقد كنت كتبت إليك في بعضها فلم تجبني في كتابي، فتخوَّفْت أن تكون استثقلت ذلك، فتركت الكتاب في شيء مما أنكرت وفيما أوردت فيه على رأيك.

وذلك، أنه بلغني أنك أمرت زُفَر بن عاصم الهلالي، حين أراد أن يستسقي، أن يقدم الصلاة قبل الخطبة، فأعظمت ذلك؛ لأن الخطبة والاستسقاء كهيئة يوم الجمعة، إلا أن الإمام إذا دنا من فراغه من الخطبة فدعا حوّل رداءه ثم نزل فصلى. وقد استسقى عمر بن عبد العزيز وأبو بكر بن محمد بن عمرو بن حزم وغيرهما، فكلهم يُقدم الخطبة والدعاء قبل الصلاة، فاستهتر الناس كلهم فعل زفر بن عاصم من ذلك واستنكروه.

ومن ذلك، أنه بلغني أنك تقول في الخليطين في المال أنه لا تجب عليهما الصدقة حتى يكون لكل واحد منهما ما تجب فيه الصدقة، وفي كتاب عمر بن الخطاب أنه يجب عليهما الصدقة ويترادّان بالسوية. وقد كان ذلك يعمل به في ولاية عمر بن عبد العزيز قبلكم وغيره، والذي حدثني به يحيى بن سعيد، ولم يكن بدون أفاضل العلماء في وزمانه، فرحمه الله وغفر له وجعل الجنة مصيره.

ومن ذلك، أنه بلغني أنك تقول إذا أفلس الرجل، وقد باعه رجل سلعة فتقاضى طائفة من ثمنها أو أنفق المشتري طائفة منها، أنه يأخذ ما وجد من متاعه. وكان الناس على أن البائع إذا تقاضى من ثمنها شيئاً، أو أنفق المشتري منها شيئاً، فليست بعينها.

ومن ذلك، أنك تذكر أن النبي ﷺ لم يعط الزبير بن العوّام إلا لفرس واحد. والناس كلهم يحدِّثون أنه أعطاه أربعة أسهم لفرسين ومنعه الفرس الثالث، والأمة كلهم على هذا الحديث: أهل الشام، وأهل مصر، وأهل العراق، وأهل إفريقية، لا يختلف فيه اثنان. فلم يكن ينبغي لك، وإن كنت

سمعته من رجل مرضى، أن تخالف الأمة أجمعين.

وقد تركت أشياء كثيرة من أشباه هذا. وأنا أحب توفيق الله إياك وطول بقائك، لما أرجو للناس في ذلك من المنفعة، وما أخاف من الضيعة إذا ذهب مثلك، مع ائتناسي بمكانك وإن نأت الدار. فهذه منزلتك عندي فاستيقنه، ولا تترك الكتاب إلي بخبرك وحالك وحال ولدك وأهلك، وحاجة إن كان لك أو لأحد يوصل بك، فإني أُسَرُّ بذلك.

كتبت إليك ونحن صالحون معافون والحمد لله. نسأل الله أن يرزقنا وإياكم شكر ما أولينا، وتمام ما أنعم به علينا، والسلام عليك ورحمة الله».

جـ ـ المذهب الشافعي:

وقد أسسه الإمام «محمد بن إدريس الشافعي»، ولد بالشام سنة ١٥٠هـ عام وفاة الإمام «أبي حنيفة» واستوطن «مكة» زمناً ثم صار يتردد بين الحجاز والعراق حتى رحل إلى مصر وتوفي بها عام ٢٠٤هـ. وكان إماماً في الفقه والأصول، وينسب إليه علم أصول الفقه نسبة المنطق إلى «أرسطو»، والعروض إلى «الخليل بن أحمد»، وقد دون مذهبه في الفقه في كتابه «الأم» إملاء أو تأليفاً ـ على خلاف بين العلماء ـ كما كتب «الرسالة» وهي أول تدوين لعلم أصول الفقه. وقيل إنه كان على دراية عميقة بالثقافة الإغريقية حتى نسب إليه العلم باللغة اليونانية، والذي لا يماري فيه أحد أن «الشافعي» من أكبر العقول التي عرفتها الحضارة الإسلامية في تاريخها الطويل.

ومن أشهر تلاميذه، «يوسف بن يحيى البويطي»، و«الربيع بن سليمان المرادي».

أما طريقته في الاجتهاد أو منهجه الفقهي فنعرض له بإيجاز.

ـ أساس التشريع عنده القرآن الكريم: .

ـ كان يعمل بالسنة، ويعمل بخبر الواحد متى ثبت عنده عن ثقة، ولا يتركه لقياس أو لرأي صحابي أو تابعي.

ـ كان يعمل بالإجماع: وكان يقدمه على خبر الواحد.

ـ كان يعمل بالقياس: إلا أنه وقف منه موقفاً وسطاً بين المالكية والحنفية.

ـ كان يرتضي العمل بالمصالح المرسلة ولا يعترف «بالاستحسان» بل كان يقول «من استحسن فقد شرّع»، وله مؤلف أصولي خاص في «إبطال الاستحسان»، إلا أنه ـ كما سبق وذكرنا في مبحث الأدلة ـ له مفهوم للاستحسان، ليس هو المفهوم الذي قاله به من اعتبروا الاستحسان دليلاً على الأحكام الشرعية.

د ـ المذهب الحنبلي:

مؤسس المذهب «أحمد بن حنبل» من تلاميذ «الإمام الشافعي» ولد ببغداد سنة ١٦٤هـ وتوفي بها سنة ٢٤١هـ. وقد رحل إلى بلاد كثيرة وسمع الحديث والتقي بكبار شيوخه، حتى صار علماً فيه، وكتابه «المسند» يعد من أهم المدونات الأولى في علم الحديث، حتى عده العلماء من أهل الحديث، وهو في الحقيقة محدث وفقيه، وقد قال في حقه أستاذه الإمام «الشافعي» «خرجت من بغداد وما خلفت بها أتقى ولا أفقه من «ابن حنبل»».

أما منهجه الفقهي فيقول «ابن القيم» إن أصول الاستنباط عنده خمسة هي:

ـ الكتاب والسنة وهو في ذلك متفق مع كل مذاهب المسلمين.

ـ ما أفتى به الصحابة إن لم يعلم لهم مخالف فيه.

ـ إذا اختلف الصحابة تخير من أقوالهم ما كان أقرب إلى الكتاب والسنة وإلا حكى الخلاف ولم يجزم بقول.

ـ الأخذ بالمرسل والحديث الضعيف إذا لم يكن في الباب شيء يدفعه ويرجحه على القياس.

ـ يستعمل القياس للضرورة، عند فقدان النص وقول الصحابي والأثر

المرسل والحديث الضعيف.

والذي نراه أن الفقهاء الأربعة لم يتركوا مصدراً من مصادر التشريع النقلية والعقلية إلا عملوا به، ولكنهم اختلفوا مع بعضهم البعض ـ مع اتفاقهم على الكتاب والسنة، على ترتيب المصادر، والتوسع في الأخذ ببعضها من عدمه، وشروطهم في اعتبار أخبار الآحاد والقياس والمصلحة.

٤ ـ أهم المذاهب الشيعة الباقية:

أ ـ مذهب الشيعة الجعفرية:

ومؤسسه الإمام «أبو عبد الله جعفر الصادق» ولد عام ٨٠هـ وتوفي عام ١٤٨هـ، وهو أكبر أئمة الشيعة الإمامية الاثني عشرية، وأهم أكبر فرق الشيعة ولهم منهج خاص وفقه متميز في مجال الأصول والفروع، ومراجع معتمدة في الفقه والحديث، وأهمها كتاب «الكافي» للإمام «الكليني»، وكتاب «من لا يحضره الفقيه» «لابن بابويه القمي» وكتابا «تهذيب الأحكام» و«الاستبصار» «للطوسي» وللشيعة الإمامية تراث عريض وعميق في علوم الكلام وأصول الفقه والفقه، ولهم موسوعات ضخمة بعضها لا نظير لحجمه في الفقه الإسلامي «كبحار الأنوار» «للمجلسي» أما أصول الاستنباط عندهم فهي بإيجاز:

ـ اعتمادهم على القرآن الكريم.

ـ اعتماده على السنة النبوية وهي عندهم أوامر المعصوم ونواهيه وأفعاله وأقواله وتقريراته ولهذا فهي تشمل ما صدر عن الرسول وما صدر عن الأئمة المعصومين عندهم.

ـ ومن مصادرهم الإجماع، ولكنه الإجماع الذي يكشف عن رأي الإمام المعصوم.

ـ **العقل**: وهو من أهم المصادر عند الشيعة الإمامية، يعملون به عند غيبة النص، وعدم وجود الإجماع.

ولعل أهم ما يتميز به الفقه الإمامي هو حركته المستمرة، واجتهاده

المتواصل ولعل دليل العقل فيه واعتباره أصلاً مقدماً وراء هذا الثراء الفقهي المتواصل. أو لعله جهد الفقيه الذي يبذل أقصى وسعه إيماناً بمسؤوليته الجسيمة في عصر غيبة الإمام.

ب ـ مذهب الزيدية:

مؤسس المذهب هو الإمام «زيد» ولد عام ٨٠هـ وتوفي عام ١٢٢هـ، وهو من فقهاء بيت النبوة، عاصر الفقهاء الكبار من أمثال «أبي حنيفة» و«ابن أبي ليلى»، وكان له منهجه المتميز في استنباط الأحكام، وفهم المصادر، وفي كتاب «البحر الزخار» «لابن المرتضى» ـ وهو من أشهر كتب المذهب ـ تضمين أمين لآراء فقهائه، وإبراز رصين لمنهجه الذي يتميز بما يلي.

ـ مزج الفقه «الزيدي» بين مدرستي أهل الرأي وأهل الحديث، ولم يقتصر على روايات أهل البيت في الحديث بل تلقى بالقبول روايات غيرهم من الصحابة، ولعل هذا وراء اقترابه من المذاهب السنية في كثير من الفروع.

ـ إن فقهاء هذا المذهب مزجوا بين المذاهب الإسلامية، وأخذوا منها ما يتفق وأوصل مذهبهم مما أثرى مذهبهم، وأخصب فروعهم.

ـ تمسك فقهاء الزيدية بفتح باب الاجتهاد، وهو اتجاه تبناه الاتجاه الشيعي كله، فلم يعرف فيه ما سمي في تاريخ الفقه السني بإغلاق باب الاجتهاد، وإن كان ارتباط الزيدية بالمعتزلة يعد أيضاً مفسراً لهذه الحركة الاجتهادية الواسعة في الفقه الزيدي.

جـ ـ المذهب الإسماعيلي:

وينسب إلى «إسماعيل بن جعفر الصادق»، وأسسه أصحابه على فكرة الإمامة ورفضهم إمامة موسى الكاظم، وجعلها في «إسماعيل» ويعد المذهب الإسماعيلي آخر مذاهب الشيعة في الظهور، ولم يقدر له الشيوع والازدهار على يد الفاطميين في مصر، وقد أسسوا الجامع الأزهر لنشر هذا الفقه ودعمه، وشاء الله أن منارة العالم الإسلامي في فقه المذاهب الأربعة.

وكانت كتابات الإسماعيلية مجهولة، وعقائدهم سر من الأسرار، وأغلب تراثهم الفقهي غير متداول، ولكن العقود الأخيرة شهدت نشاطاً في درس مذهبهم ـ من مستشرقين وشرقيين ـ وأخرجت طائفة البهرة وهي أهم أقسامهم اليوم عدداً كثيراً من المخطوطات، نشرت كتابات «الكرماني» والداعي «أبي الوليد»، وأهم ما نشر له هي كتابات قاضي القضاة «النعمان بن محمد التميمي» خاصة كتابه «دعائم الإسلام» وهو الكتاب الوحيد الذي بين أيدينا في الفقه، بالإضافة إلى كتبه الأخرى، مثل «تأويل الدعائم» و«أساس التأويل» و«المسامرات والمسايرات» و«افتتاح الدعوة»، وقد بذل الأمير «عارف تامر» ود. «مصطفى غالب» جهوداً موفقة في نشر تراث مذهبهم الإسماعيلي، بالإضافة إلى جهود بعض الأساتذة السنيين وعلى رأسهم العلامة المصري «د. محمد كامل حسين» والمذهب وأصوله وفروعه بحاجة إلى دراسة فقهية موسعة لعل العمر يتسع لها.

٥ ـ أهم مذاهب الخوارج الباقية:

الخوارج في الأصل فرقة سياسية، لها أصول عقائدية، ثم تميزت بعد ذلك بفقه خاص، وأدب خاص، وتراث مستقل، ولم يبق من فرقها اليوم إلا فرقة الإباضية ولها انتشار خاص في سلطنة عمان، وبعض مدن الشمال الإفريقي، وأصحابها اليوم يعتبرون مؤسسها «جابر بن زيد»، أما «عبد الله بن إباض» فواحد من فقهاء المذهب الكبار، ولعل هذا هو سر اقتراب الفقه الإباضي من مذاهب الجمهور، ولا تكاد تختلف مصادرهم في الاستنباط عن مصادر المذاهب الإسلامية الأخرى، إلا أنهم أصحاب اجتهادات متميزة لتواصل الأخذ بالرأي عندهم، وخير كتاب يمثل تراثهم الفقهي اليوم هو كتاب «شرح النيل» «لمحمد بن يوسف بن أطفيش».

ويعيش المذهب الإباضي اليوم من خلال «سلطنة عمان» مرحلة ازدهار خاصة في نشر كتبه وموسوعاته في مجال التفسير والحديث وعلم أصول الفقه، وعلم الكلام، بالإضافة إلى موسوعات فقهية كبيرة، وكتابات أخرى متخصصة في الأقضية والنوازل والأحكام، وينبغي أن تواكب هذه النهضة في نشر الكتاب الإباضي نهضة أخرى تتعلق بتحرير أصوله، وإعادته

كتابة تاريخه، ومقارنته بالمذاهب الأخرى سنية وشيعية، حتى يمكن الاستفادة في مشكلات العالم الإسلامي المعاصر من ثراء المذهب الإباضي.

ولعلّ ما عقد منذ سنوات في «مسقط» عاصمة سلطنة عمان من مؤتمر للفقه الإسلامي، يكون مقدمة لهذا الحوار المرتقب الذي ندعو إليه، وهو حوار يتأسس على علم حقيقي مستمد من المصادر الأصلية، لما عندنا وعند غيرنا من آراء فقهية، خاصة وأنه عصر التقنين(١) الذي يعيشه العالم الإسلامي يحتاج إلى التعامل مع الفقه الإسلامي كله باعتباره وحدة متكاملة لا تفاريق مذهبية، وسواء في ذلك مذاهبه الباقية، أو مذاهبه الدارسة، ويستوي في ذلك أهل السنة والشيعة وغيرهم من المذاهب الإسلامية التي تعرفها ديار الإسلام.

---

(١) راجع في اتجاهات التقنين وأصوله كتابنا في منهجية التقنين النظرية والتطبيق، القاهرة ١٩٨٥.

المبحث الثالث

عصر التقليد

لا نقصد بالتقليد في هذا المبحث معناه الأصولي وهو قبول القول من غير حجة، وصورته العامي الذي يستفتي ويعمل بالفتوى لا يعرف لها دليلاً، ولا يطالبه أحد بالاجتهاد.

فالتقليد هنا لا نعني به إلا الالتزام المذهبي بأصول إمام معين، سواء في استنباط الأحكام أو في تخريج الفروع على الأصول، أو في بيان الراجح والمرجوح، وتحقيق نسبة الآراء إلى المذاهب، ورفع التعارض بينها، فالمقلد هنا مجتهد، بل قد يكون من أعظم المجتهدين، ولكنه متعلق بإمامه يدافع عن آرائه ويدون تاريخه ومناقبه، بل قد يؤوّل النصوص لكي تتفق مع رأي إمامه.

وعمل هذا الصنف من المجتهدين هو الاجتهاد في دائرة المذهب غير خارجين ـ كما يقول أبو زهرة ـ عن المنهاج الذي التزمه، «فهم يقيدون أنفسهم بآرائه في الأصول، ولا يقيدونها بآرائه في الفروع، وقد ينتهون في الفروع إلى آراء تخالف رأي الإمام، أو لم يعرف للإمام رأي فيها، فإنها تعد وجوهاً في المذهب أو أقوالاً فيه، لأنه الاتباع ثابت، وهو الاتباع في المنهج.

وإذا كان الرأي الذي ينتهي الفقيه فيه يخالف رأي الإمام، فإنه لا ينسب إلى الإمام قطعاً، ولكن يعد من المذهب؟ قال الحنفية إنه يعد من المذهب، وقال «النووي» من الشافعية إنها لا تحتسب من مذهب الشافعي لمخالفتها لرأيه، وكذلك ما يخالف فيها قاعدة له، لأنه لا يعد من مذهبه من جرى على غير أصوله، ويسمى هؤلاء المجتهدون من تلاميذ الإمام الذي يتقيدون برأيه «منتسبين»، لأنهم باختيارهم منهاجه وبالتلمذة عليه

ينتسبون له، بينما يسمى الإمام ومن يماثله من تلاميذه «المجتهدين المستقلين» وفي الحقيقة إن القسمين يتلاقيان في أن لهما أن يجتهدا في الأحكام، ويفترقان في أن المستقل يجتهد في الأصول والفروع، ولا يقلد أحداً، بينما المجتهد المنتسب يلزم منهاج شيخه في أكثر الأصول والمناهج، ولا يلتزمه في الفروع، وهو بهذا الالتزام ينتسب إلى الإمام[1].

وقد بدأ عصر التقليد منذ أواخر القرن الثالث الهجري، واستمر إلى يوم الناس هذا، وأصبح أهل الفقه فيه أسرى لتراث مذهبي يتعصبون له، ويلتزمون منهجه، ولم يحدث أن ظهر مذهب فقهي جديد بعد ذلك، وإن وجد فقهاء مجتهدون بلغوا مرتبة عليا في الاجتهاد التشريعي. وكان لهذا العصر خصائصه المميزة وهي:

١ ـ الانتماء المذهبي:

والذي أدى إلى انتشار المذاهب ودعمها أتباعها بالتدريس والتدوين، وبالمناظرة والجدل، واستغرق رجال كل مذهب في إبراز أصوله، وكتابة تفاصيله، والذود عن سيرة إمامه، فظهرت كتب مناقب الأئمة وكتب تفضيل مذهب على مذهب، وبأنه هو الأحق من غيره، والأولى بالاتباع والرعاية، ولطول المساحة الزمنية لهذا العصر، فقد كان الانتماء المذهبي له وجهان:

أ ـ وجه إيجابي:

تمثل في الدراسة المتعمقة لآراء المذاهب، وبحث مسائل الخلاف، ورصد قواعد كل مذهب، والتأليف فيه على مستوى الأصول والفروع، وأدت المحافظة على تراث كل مذهب إلى كتابة المطولات الفقهية التي تجمع آراء فقهاء المذهب، وتعد الكتب العمدة في دارسته والإلمام به.

ب ـ وجه سلبي:

تمثل في روح العصبية التي سادت في العصور المتأخرة بين فقهاء

---

(١) محمد أبو زهرة: موسوعة الفقه الإسلامي، القاهرة ١٩٦٧ جا ص٥٥ ـ ٥٦.

المذاهب، وحل الأمر فيها إلى الغلو الممقوت، وإصدار الأحكام بتكفير المخالفين، وجاءت الفتاوى في بعض الأحيان بالغة الغرابة تمنع أصحاب المذاهب من الإرتباط الأسري، فلا يتزوج حنفي شافعية وهذا أقصى ما تصل إليه العصبية المذهبية، وامتدت هذه الروح ـ تشتد حيناً وتخفت أحياناً ـ لتسري في جسد عصر التقليد كله، وقصة التشريع في مصر الحديثة تحكي قصة هذا الصراع، الذي أفضى إلى تراشق حاد بين فقهاء كل مذهب، كل منهم يدافع عن رأي إمامه وسادت التخطئة كل الآراء، وعجز ولي الأمر عند اختيار الآراء الفقهية الملائمة للعصر من مجموع الفقه الإسلامي، فتعطل كثيراً إصدار القوانين الشرعية، وتوقفت مرحلة التقنين عن الوفاء بحاجات الأمة.

٢ ـ تخصيص القضاء:

وقد بدأ هذا التخصيص في مرحلة مبكرة، ولعل وظيفة قاضي القضاة والذي يمثل أعلى منصب قضائي، أدت إلى تطور هام في النشاط الفقهي، فهي قد دعَّمت استقلال القاضي في مواجهة السلطة السياسية، وأدت في نفس الوقت إلى إلزام القاضي بمذهبية فقهية، حتى جاء الوقت الذي أصبح فيه الانتماء المذهبي هو الأساس في تولي منصب القضاء.

وأيضاً كان لذلك وجهه السلبي ووجه الإيجابي.

أ ـ الوجه الإيجابي:

وتمثل في إرساء اتجاهات قضائية تميل إلى العمل بمذهب محدد، مما يضيق دائرة الخلاف، ويمنع فوضى الأحكام القضائية. وقد وصل هذا الاتجاه مداه في إلزام المجتمع ـ أو محاولة إلزامه ـ بمذهب فقهي واحد خاصة في الميدان القضائي، وظهر ذلك فيما فعلته الدولة الفاطمية في مصر، ثم عم العالم الإسلامي من خلال الدولة العثمانية التي أبت إلا أن تجعل من المذهب الحنفي هو مذهب الدولة في القضاء والحكم.

ب ـ الوجه السلبي:

الذي تمثل في اضطهاد أتباع المذاهب، وإغلاق الباب أمامهم لمنعهم

من التأثير بواسطة القضاء والافتاء أو بواسطة التعليم والتدريس. وقد بدأ ذلك في مرحلة مبكرة على يد المعتزلة ومحنة خلق القرآن. ولكن هذا الاتجاه نحو تخصيص القضاء أدى إلى جمع فتاوى المذاهب في صورة متكاملة، لتكون قانون القضاة في عملهم، والمثال الواضح لذلك، كتاب «الفتاوى الهندية»، وكان هذا إرهاصاً بالاتجاه نحو تقنين الفقه كما حدث في القرنين الأخيرين.

وهكذا شكلت هذه الخصائص مراحل عصر التقليد والذي استمر أكثر من عشرة قرون، ولا تزال ملامحة ترسم اللوحة الفقهية للعقل الإسلامي المعاصر.

فهو عصر التدوين في كل مذهب وفي مجال الأصول ومجال الفروع، وكان ذلك حصاداً طبيعياً للانتماء المذهبي.

وهو عصر التقنين: الذي انتهت منهجيته للأخذ بالصالح من آراء كل مذهب، وكان ذلك أيضاً امتداداً طبيعياً لتخصيص القضاء، ولكنه تحول من تخصيص بقاض إلى الإلزام بقانون.

وهكذا مثّل التدوين قمة التفرد المذهبي، بحيث تحول الفقه إلى تفاريق مذهبية. وكل مذهب يناصب غيره العداء.

وهكذا مثّل التقنين أيضاً ـ خاصة في صورته الحالية ـ قمة التوحد المذهبي بالنظر إلى الفقه الإسلامي باعتباره وحدة متكاملة تؤخذ منها الآراء دون النظر إلى طابعها الخاص، وانتمائها لأحد المذاهب المعروفة أو المجهولة.

وينقسم هذا المبحث إلى مطلبين:

المطلب الأول: مرحلة التدوين.

المطلب الثاني: مرحلة التقنين.

المطلب الأول

مرحلة التدوين

شهد العصر السابق محاولات لتدوين الفقه، وذكرت كتب الفهارس والطبقات أسماء عديد من المؤلفات التي لا يعرف إلا القليل عن موضوعها، ولا يعرف أيضاً هل كانت كتباً ضخمة؟ أم مجرد رسائل صغيرة وهذا هو أغلب الظن، وأياً ما كان الأمر فلا بد أن تفصل بين التدوين باعتباره كتابة شخصية ومفردة لبعض الأحاديث أو بعض الموضوعات الفقهية، وبين التدوين باعتبارها مرحلة، تمايزت مناهجها في التصنيف وتوزعت على مساحة ضخمة من المذاهب والأماكن. في المرحلة الأولى كان التدوين عملاً شخصياً يمارسه أصحابه بقصد التذكر وإعانة الذاكرة على استدعاء ما حدث، وهذا التوثيق المبكر للأقوال المحفوظة في صدور الرجال عرف منذ عصر الرسول، وثبت أنه هناك مجموعات حديثية مكتوبة في هذا العصر وعصر الصحابة. ولكن الكتابة الشخصية المفردة شيء، والتدوين الذي هو حركة عامة شيء آخر(١).

التوثيق المبكر هدفه الاستذكار الشخصي، والمحافظة على المسموع، وكتابة بعض الملاحظات أو التفسيرات، وقد ترك هذا التوثيق أثره على الفقه في بعض جوانبه ومثال ذلك موقف الفقهاء من القراءات الشاذة وهل هي سماع لصحابي فتلحق بالسنة؟، أو تفسير لصحابي فتأخذ مكانها في

---

(١) وهذا يعني أننا نفرق بين مرحلة التوثيق المبكر، بين مرحلة التدوين، الأولى هدفها الاستذكار الشخصي، والثانية غايتها جمع الآراء الفقهية المذهبية وتصنيفها ووزنها في مواجهة أدلة المذهب، ومقارنتها في بعض الأحيان بالمذاهب الأخرى، وعلى سبيل المثال لم يبدأ تدوين السنة بالمعنى الاصطلاحي إلا بأمر من «الخليفة عمر بن العزيز» لننتقل من الكتابة الخاصة إلى التدوين العام.

أقوال الصحابة حسب درجة راويه في الصحبة، ومكانته في الفقه.

أما التدوين فهو حركة عامة تستهدف متابعة الاجتهاد وجمع التراث الفقهي المذهبي، لتحرير مذاهب الفقهاء، والمعاونة على الدراسة والتدريس معاً، إنه مرحلة التدوين هي مرحلة انتقال المجتمع من الفقه الشفاهي إلى الفقه المكتوب. خاصة وأن كثرة التلاميذ، ومناظرات أئمة المذاهب، وارتحالهم من مكان إلى مكان أدى إلى تشعب الآراء في المذهب، ووجود الاختلاف في الأقوال فأصبح الجمع والتحرير وفصل أقوال الأئمة عن أقوال التلاميذ الكبار، ضرورة منهجية يقتضيها تطور العلم الفقهي، وهكذا جسد القرن الثالث الهجري بداية مرحلة التدوين التي ظلت تنمو وتتكامل مناهجها وتتكاثر مؤلفاتها في الأصول والفروع في القرون التالية. ولعل قلة التدوين في المرحلة السابقة تعود إلى موقف بعض الفقهاء منه واعتباره بدعة مذمومة لم يعرفها السلف الصالح، ويقال إنه «أحمد بن حنبل» أنكر على الإمام «مالك» تأليف «الموطأ» بقوله «ابتدع ما لم يفعله الصحابة».

١ ـ ملامح مرحلة التدوين:

تميزت هذه المرحلة بملامح مستقلة تفصلها عن العصر السابق، وإن حملت أيضاً جزءاً من هيئته كما تلقت تراثه ومروياته، لأن التقسيم الصارم للعصور، لا يعرفه التاريخ العام، ولا يعرفه تاريخ العلم الطبيعي، ومن باب أولى لا يعرفه تاريخ الفكر بوجه عام، وتاريخ الفقه الإسلامي بوجه خاص باعتبار فقهه ينطلق من قاعدة نصية تكاملت مصادرها في عصر الوحي، ولعل هذا يفسر لماذا تتجه المرجعية العقلية عند المسلمين إلى الماضي، ولا تستطيع أن تنظر إلى الحاضر والمستقبل دون أولوية النظر إلى مصادرها القبْلية الحاكمة للعقل والواقع معاً.

أ ـ انفراد الفقه في التدوين عن لحديث:

شهدت هذه المرحلة المدونات الفقهية المستقلة، لم يعد الفقه مختلطاً بالحديث على نحو ما رأينا في «موطأ» «مالك» أو في «مجموع»[(١)]

---

(١) يري «جشتراسر» أن تأليف هذا المجموع يعود إلى مرحلة متأخرة عن عصر الإمام

الإمام «زيد»، وقد رأينا إرهاصات هذا الاستقلال تظهر بصورة تكاد تكون كاملة في مؤلفات الإمام «محمد بن الحسن الشيباني» قبل نهاية القرن الثالث.

وعلى الرغم من أسبقية تدوين الحديث على الفقه، إلى أن التدوين الفقهيّ أثّر بصورة كاملة على تدوين الحديث، وجاءت مدونات الحديث الكبرى مثل صحيح البخاري، وصحيح مسلم وغيرهما، تلتزم الترتيب الفقهي للموضوعات، فجاءت هذه الموسوعات الحديثة مكتوبة على أبواب الفقه. ولهذا جاءت شروح الصحاح ـ بعد ذلك ـ موسوعات فقهية عميقة ومقارنة وليس غريباً أن يتم ترتيب الحديث على الفقه لأن المجتهد كان يروي الحديث قبل أن يستنبط الأحكام.

ب ـ ارتباط التدوين بأدوار الاجتهاد:

فقد انعكست الحركة الاجتهادية على المدونات الفقهية سواء في مناهجها، أو في موضوعاتها، فبعد عصرة الاجتهاد المطلق، وجدنا المدونات تتجه إلى إثبات آراء إمام المذهب وتحريرها، ومثال ذلك «المدونة» للإمام «مالك»، وكتب ظاهر الرواية «لمحمد بن الحسن» وكتاب «الأم» للإمام «الشافعي» وكلما نشط الفقهاء وتكاثرت الآراء فجاء التدوين يمثل حركة الفقه ذاتها والتي كانت تخريجاً على أقوال الأئمة، وبحثاً في الراجح والمرجوح في داخل النسق الفهقي الواحد، وظهرت في هذه المرحلة الحاجة إلى المقارنات الفقهية، فظهر علم اختلاف الفقهاء، ثم تطورت الكتابة الفقهية بعد شيوع الجدل بين المذاهب، والمناظرات بين الفقهاء، ومع القرن الخامس والسادس بدأت الموسوعات الفقهية في الظهور، وبدأ الاستدلال للمذهب يأخذ الجهد الأكبر في التأليف، وانعكست طبقات المجتهدين على المدونات الفقهية في القرون التالية.

= زيد، واستخدم منهج النقد الداخلي، والمصطلحات الواردة في النص ليبرهن على رأيه وأيده في ذلك د. محمد يوسف موسى في كتابه «تاريخ الفقه الإسلامي» جـ٢ ص٦٨، ونحن لا نستطيع أن نقطع برأي حتى الآن.

جـ ـ انتشار التدوين المذهبي:

بدأ المذهب يسيطر على التدوين الفقهي منذ القرن الثاني الهجري، وإذا صحت نسبة كتاب «المجموع» للإمام «زيد» لقلنا إن التدوين بدأ مذهبياً منذ مراحله الأولى، ولكن تكامل المذاهب الفقهية، وانتشاره باعتباره مناهج في التفكير الفقهي، انعكس على التأليف والتدوين، ولم تكن طريقة المتكلمين، وطريقة الأحناف، مجرد مناهج لكتابة علم الأصول، بل هي أيضاً مناهج للكتابة الفقهية، وقد شهد عصر التدوين، ظهور المدونات الكبرى التي تجمع آراء كل مذهب، كما شهد ظهور كتب تخريج الفروع على الأصول، وبوادر نشأة علم القواعد الفقهية، وعندما ازداد التعصب بين أتباع المذاهب المختلفة عرف الجدل بين الفقهاء طريقه إلى مدونات الفقه. وفي هذا الإطار نشير إلى أمرين:

الأول: أسبقية الشيعة إلى التدوين الفقهي:

ويقول «الشيخ مصطفى عبد الرازق» بحق ـ أنه من المعقول أن يكون النزوع إلى تدوين الأحكام الشرعية عند الشيعة أسبق من غيرهم، لأن اعتقادهم العصمة في أئمتهم أو ما يشبه العصمة كان يسوقهم إلى الحرص على تدوين أقضيتهم وفتاواهم.

ولا ينبغي أن نسرف في القول وننسب إلى الاتجاه الشيعي تأسيس كل علوم الإسلام على النحو الذي نجده في كتاب العلامة «حسن الصدر» «تأسيس الشيعة لعلوم الإسلام»، فنشأة العلوم الإسلامية ـ ابتداعاً وتدويناً ـ قسمة مشتركة بين كافة المذاهب الإسلامية. وهذا أعدل الآراء وأقربها تعبيراً عن واقع الحركة العقلية عند المسلمين.

الثاني: تأثير الثقافات الأخرى في المدونات الفقهية:

كانت مدونات العصر السابق تكاد تكون منهجاً إسلامياً خالصاً، حيث اختلط الفقه بالحديث، وتأثر الفقه بمنهج الرواية. ولكن التفاعل الثقافي الذي حدث بين ديار الإسلام والحضارات الأخرى قد أثر على مناهج المؤلفين، وظهر ذلك جلياً في الكتابات الفقهية خاصة في كتب الخلاف

والجدل، وفي طرق استدلال الفقهاء لصحة آراء مذهبهم، وكانت إرهاصات هذا الاتجاه قد ظهرت في أواخر القرن الثاني الهجري، وخير مثال لها كتاب «الرسالة» للإمام «الشافعي» الذي تبدو النزعة المنطقية الأرسطية واضحة في بنائه الأصولي.

٢ ـ مراحل عصر التدوين[١]:

مر التدوين بمراحل ثلاثة كل واحدة منها له آثارها في منهج التدوين، وفي المادة الفقهية محل التدوين.

أ ـ مرحلة كتابة المذاهب:

ومحور هذه المرحلة تدوين فقه أئمة المذاهب، وجمعها من صدور التلاميذ، ومن أجلاء الشيوخ ـ سماعاً ونقلاً ـ ولم يكتف التلاميذ بما قد يكون قد وصلهم من كتب الأئمة بل سعوا إلى تحريرها وضبط آراء المذهب، وهذا دور قام به التلاميذ المباشرون، من أمثال «محمد بن الحسن» «عند الأحناف»، و«عبد الرحمن القاسم» «عند المالكية»، و«المزني» عند الشافعية، ثم جاء من بعدهم لينشر فقه المذهب بالقضاء والافتاء، وبالكتابات الفقهية الموسعة، التي تضم أصول المذهب وفروعه، خاصة وقد انتشرت المناظرات المذهبية، وقد قام فقهاء هذه المرحلة بدور كبير. وجاءت مؤلفاتها تعبير عنها، سواء في قوة تعبيرها عن المذهب أو في وضوح أسلوبها وسلاسة بيانها. وتكاد تكون كتب هذه المرحلة في بدايتها مذهبية محضة، ثم سرى فيها بعد ذلك منهج المقارنة بين الآراء في المذاهب، والمقارنة بين المذاهب في الفقه ككل.

ب ـ مرحلة الاستدلال للمذاهب:

وتميزت هذه المرحلة بأمرين:

---

(١) د. محمد أبو زهرة: موسوعة الفقه الإسلامي جـ١ ص٨٤ ـ ١١١ وقد أعاننا فقه الشيخ وعلمه على تبيين معالم هذه الفترة. ونحن ننقل عنه بتصرف مع مزيد من التحليل والإيضاح والتقسيم.

الأول: تفاقم التعصب المذهبي حتى انعكس على الحياة السياسية والاجتماعية للفقهاء، وجعل انتشار المذاهب، ومكانة الفقهاء تتعرض للمد والجزر وفقاً لموقف سلطة الدولة منهم.

الثاني: ظهور المناقشات المذهبية والجدل حول أقوال الأئمة وهذا أثر من آثار التعصب للمذاهب، وأشد المناظرات في هذا الشأن ما كان في مناظرات الشافعية مع الحنفية، وخصوصاً في خراسان وما وراء النهر، فقد كانت المناظرات في هذه البلاد جزءاً من النسيج الاجتماعي، حتى أن المآتم كانت تحيى بالمناظرات.

وقد جاءت الكتب في هذا الدور ـ كما يقول الشيخ أبو زهرة بحق ـ حاملة لهذه الخلافات، وأهل كل مذهب يدونون في مذهبهم أحكام الفروع فيه، مع المخالفة له ممن كانوا يناظرونه، وأحياناً ينقلون رأي مخالفيهم وهو ضعيف عندهم على أنه رأي المذهب، وما هو بالصحيح ولا الراجح فيه، ولهذا قال العلماء «لا ينقل عن مخالف في المذهب».

وقد ترك هذا العصر أثره في علوم أخرى غير الفقه.

فقد ترك أثره في علم الأصول فتمايزت طريقة المتكلمين عن طريقة الأحناف، وعلى علم الخلاف فظهر فن تخريج الفروع على الأصول، وعلى الدراسات المقارنة مما أفسح الطريق أمام ظهور علم القواعد الفقهية.

وقد أدت مرحلة الاستدلال المذهبي خدمة جليلة للفقه الإسلامي، بل إن المكتبة الإسلامية في هذه المرحلة احتوت على الكتب العمدة في كافة المذاهب الإسلامية، في الأصول والفروع، وجاءت المراحل التالية تعتمد عليها إما شرحاً، أو اختصاراً.

وقد نما الفقه في مرحلة الاستدلال المذهبي لعدة أسباب:

الأول: كثرة المناظرات الفقهية، وقد جعلت هذه المناظرات كل أهل مذهب يجتهد في سوق الأدلة العقلية والنقلية التي تؤيد مذهبه وبهذا جاءت الشروح الكثيرة مملوءة بالأدلة التي تجمع بين النقل والعقل كما نرى في كتاب «المبسوط» للإمام «السرخسي».

الثاني: اكتمال تدوين السنة وتداول مجموعاتها برواتها الثقاة العدول وجد الفقهاء ثروة خصبة تعينهم على الاستدلال بمذاهبم بالنصوص الصحيحة، وقد كان دالاً على سلامة الإجتهاد في المسائل التي وصلوا إليها بالرأي، فإنهم وجدوا لكثير من مسائل الرأي أدلة من السنة التي رواها من ليسوا على مذهبهم.

الثالث: شيوع علم المنطق، وعلم أدب البحث والمناظرة، فإن شيوع هذين العلمين جعل الفقهاء يستعينون بهما في سوق الأدلة مع ذكر المقدمات والنتائج، وإن القارى ليلمح ذلك في كتاب الأصول، عند الاستدلال للنظريات المختلفة، فإنك تجد مناهج عقلية تسود الاستدلال وتدعمه، وتجد مثل ذلك في كتب الفقه التي تصدت للاستدلال.

الرابع: سريان المذاهب في أراضي مختلفة، وإن كثرة الأعراف التي يمر بها المذهب، وكثرة الأرض التي يعبرها توجد فيه معرفة بما يلائم الناس، ويوائم مصلحتهم، فإذا كان الاجتهاد بغير النصوص، فإنه لا شك متأثر بهذه الأعراف، ولا شك أن ذلك يرهف الفقه ويزيده خصوبة، فكان ذلك من أسباب كثرة الأدلة في بعض كتب الفقه، وفي الجملة فقد رطب الاستدلال الفقه في جميع المذابه، وجعله ثرياً نامياً، وزاد ثراء بكثرت المؤلفات في كُتب المقارنات، واتسعت مداركها لتشمل المقارنة بين الأصول والأصول، وبين الفروع والفروع، واتسعت آفاقها لتصبح منهجاً فقهياً عاماً له تطبيقاته في كافة المذاهب الإسلامية سنية وشيعية. تجد ذلك عند «الكاساني» من الأحناف في كتابه «بدائع الصنائع» وعند «ابن رشد» في كتابه «بداية المجتهد» من المالكية وعند «النووي» من الشافعية، في شرحه «لمهذب» «الشيرازي»، وعند «ابن قدامة» من «الحنابلة» في كتاب «المغني» وعند «الطوسي» من الشيعة «الإمامية» في كتاب «المبسوط» وعند «ابن حزم» من الظاهرية في كتابه «المحلي» وعند «ابن المرتضى» من الزيدية في كتاب «البحر الزخار»، وعند «يوسف بن محمد» من الإباضية في كتاب «شرح النيل»، وساعدت هذه الحركة المقارنة على ظهور كتابات فقهية في التفسير تمثلت في كتب أحكام القرآن، وكتابات فقهية في الحديث تمثلت في

شروح أحاديث الأحكام، وعلى الرغم من أهمية كتب مقارنة المذاهب، إلا أنها مع عرضها لآراء المذاهب الأخرى كانت تنتصر لمذهبها، ولا تقدم آراء المذاهب الأخرى بصورة صحيحة، فقد تقدم غير الراجح على أنه الراجح، وقد تنقل الرأي مطلقاً وهو مقيد في المذهب، ولذا من الواجب على الدارس أن يراجع آراء الفقه المذهبي من مراجعها الأصلية عند أصحابها.

جـ - مرحلة تعليم المذاهب:

وقد شهدت هذه المرحلة ركوداً في التأليف الحر، والمقارنة القوية وحاول هؤلاء بقصد التعليم كتابة المختصرات التي تعين على حفظ الدروس، وكتابة الحواشي والشروح، ونظم الفقه في عروض الخليل ليسهل استيعابه، وحفظه، وهي كما قلنا مرحلة تعليم المذاهب، حيث توقف النشاط الفقهي، واعتماد الافتاء والقضاء في كل مذهب على مدونات مذهبه بل كثر الاعتماد على كتب المتأخرين رغم غموضها واختصارها، فضاق اتساع العقل، وقصرت همة فقهاء المذاهب، بل أخذ الجمود يتسرب إلى العقل الفقهي ذاته في مرحلة متأخرة، حتى قيل بحرمة بعض العلوم العقلية، وتسرب ذلك إلى معاهد تدريس العلوم الإسلامية، وعلى رأسها الأزهر الشريف[1]، واستمرت هذه المرحلة حتى جاءت مرحلة التقنين

---

(١) ويكفي للتأكيد على ذلك استعراض كتب الفقه المذهبي التي كانت تدرس في الأزهر في العصور المتأخرة.

كتب الفقه الحنفي: «نور الإيضاح» للشيخ «الشرنبلالي»، «متن الكنز» «للنسفي» بشروح «ابن نجيم» و«الزيلعي» و«العيني»، «تنوير الأبصار» «للتمرتاشي» وشروحه... إلخ.

كتب المذهب المالكي: «العشماوية» للشيخ «العشماوي» بشرح «ابن تركي»، «أقرب المسالك» «للدردير» «مختصر خليل» بشرح «الزرقاني» و«الخرشي»... الخ.

كتب الفقه الشافعي: «التقريب» «لأبي شجاع» وشروحه، «التحرير» «لزكريا الأنصاري» وشروحه وغير ذلك.

كتب الفقه الحنبلي: «متن الدليل» للشيخ «مرعي»، «الإقناع» «للحجاوي» «المقنع» «لابن قدامة».

وهكذا انفصلت حركة التعليم الفقهي عن المصادر المذهبية الأولى التي كانت واضح المنهج واللغة والأسلوب، إلى كتب غامضة المنهج مبهمة الأسلوب، سقيمة اللغة. ولعل دخول الأعاجم في التأليف المذهبي كان أحد أسباب هذا التراجع. فتركت آثارها البلبية على التأليف الفقهي، وعلى مناهج تعليمه.

فتركت آثارها الإيجابية على التأليف الفقهي وعلى مناهج تعليمه.

٣ ـ أهم المدونات الفقهية:

لعل أسوء أثر لفترة تعليم المذاهب، تلك القطيعة التي حدثت بين الكتب الأصلية، وبين طلاب الدرس، وحلّت ملحها كتب الحواشي والمتون مما أضعف العقلي الفقهي، وزاد من الفجوة بين الفقه والواقع، فاستفحلت الجفوة بين التعليم الفقهي الكائن، وبين التعليم الفقهي كما ينبغي أن يكون، وسوف نعرض ـ عن عمد ـ لأهم المدونات الأصلية في المذاهب الإسلامية التي عرضنا لها متجاهلين كتب المتأخرين، لنصل الباحث بالكتب العمدة في المذاهب. بعيداً عن استغلاق اللغة، وجمود الآراء.

أ ـ في المذهب الحنفي:

سوف نعرض لكتابين في الفقه، وكتاب في الأصول.

الأول: «المبسوط» للإمام «السرخسي».

المؤلف محمد بن أحمد بن سهل، شمس الأئمة «السرخسي»، وكان من كبار فقهاء الأحناف، ولد في «سرخس» من مدن خراسان. وإليها ينسب، وله كتب في الفقه والأصول، وله شرح هام جداً على كتاب «السير الكبير» للإمام «محمد بن الحسن الشيباني» و«المبسوط» كتاب ألفه «السرخسي» شرحاً لكتاب «الكافي» الذي ألفه الحاكم الشهيد «محمد بن محمد المروزي»، إمام الحنفية في عصره والمتوفي عام ٣٣٤هـ. وقد جمع فيه الحاكم كتب ظاهر الرواية للإمام «محمد بن الحسن»، وقد سميت بكتب ظاهر الرواية لأنها نقلت عن طرق موثوق بها. فهي ظاهرة على غيرها أي غالبة عليها وأقوى منها.

وجاء كتاب «الكافي» مختصراً يحتاج إلى شرح، فكان كتاب المبسوط «للسرخسي» هو ذلك الشرح.

وقد سار الإمام«السرخسي» في شرحه على نفس تقسيم كتاب

«الكافي» أبواباً وفصولاً، ولكنه اقترب من مصطلحات الفقه وحاول أن يخلصه من استطرادات المعلمين، ومن ألفاظ الفلاسفة كما يقول هو في مقدمة كتابه.

أما من حيث منهجه الموضوعي، فإنه يذكر المسألة الفقهية ويبدأ بالاستدلال لها على مذهب الأحناف، ثم يذكر آراء بعض المذاهب الأخرى، ويستدل بأدلتهم، ثم ينقضها، وأكثر المذاهب التي يذكرها مذهب الشافعي ومالك، وقد يذكر الإمام أحمد وأهل الظاهر، ويبدو «السرخسي» في كتابه مجتهداً في المسائل لأنه قد يؤيد في المسألة مذهباً غير مذهب أبي حنيفة ويستدل لذلك.

وكان يتأول الأحاديث التي يرويها مخالف الأحناف تأويلاً حسناً يجعلها لا تتعارض مع ما يرويه الأحناف دليلاً على رأيهم.

أما مادة الكتاب فهي ما روي عن أئمة الحنفية الذين سبقوه ولا سيما ما رواه «محمد بن الحسن» في كتب ظاهر الرواية، وإذا رويت رواية، ورأى الصواب في غيرها عمد إلى الترجيح بين الآراء. وأما قيمته العلمية في محيطه فهو أكبر كتاب لمؤلف واحد في فقه الأحناف أو بالأحرى في الفقه المقارن، وكل الذين بعده نقلوا عنه ولكنهم لم يكونوا في وضوح كتابته وقوة منهجه، وقدرته الفذة على عرض الآراء، وهو في نظرنا المرجع الأول في فقه الأحناف.

الثاني: «بدائع الصنائع» «للكاساني».

المؤلف هو أبو بكر بن مسعود الكاساني، وكان من كبار فقهاء الحنفية في عصره، كان يلقب بملك العلماء. وقد توفي بحلب سنة ٥٨٣هـ. ألّف «الكاساني» كتابه شرحاً لكتاب «تحفة الفقهاء» لأستاذه «علاء الدين السمرقندي» فاشتهر الشرح، ونسي الأصل.

وكان منهج الكاساني في كتابه «البدائع» على النحو التالي.

● كان يقسم الموضوع الذي يتكلم فيه إلى أقسام، وكل قسم إلى فصول بالإضافة إلى تقسيمات داخلية للفصول تجعل في ذهن القارىء

صورة واضحة للموضوعات، وهو مما يساعد القارىء على استيعابه، ويبدو منهج «الكاساني» وكأنه فقيه المعاصر، وإن كانت هذه الطريقة قد أخذها «الكاساني» عن أستاذهُ «السمرقندي» فقد التزمها في كتابه «تحفة الفقهاء».

كان «الكاساني» يعقد لكل فرع من الفروع التي ذكرها للموضوع فصلاً خاصاً به ثم يبين مصدر ثبوته من كتاب أو سنة أو إجماع أو قياس أو استحسان.

● كان يذكر في كل مسألة رأي الأحناف ورأي غيرهم من مالكية وشافعية وغيرهم، ويستدل لمذهب الأحناف، ثم يسوق أدلة غيرهم، ثم يناقش أدلة هؤلاء ويبين وجه ضعفها، وقد يسوق في المسألة عدة أدلة، ويناقش كل دليل، ويبين وجه الاستدلال به، وما قد يكون فيه من ضعف.

فمادة الكتاب قوية مرتبة ترتيباً حسناً، تجمع شتات الموضوع، وتستقي استنباطها من الكتاب والسنة والمعقول وما يكون قد أجمع عليه، مع آراء الفقهاء المختلفين في المسألة وأدلتهم ومناقشتها، ولكنه كان أكثر ما يكون قد بحثه مؤيداً لرأي من آراء الأحناف أبي حنيفة وأصحابه، مبينا وجه رجحان ما ذهب إليه. أما قيمته العلمية في محيطه، فإنه مرجع من أهم المراجع عند الفقهاء لترتيبه والوثوق بما يذكر فيه عند فقهاء الحنفية الذين جاءوا بعده، ويعد نموذجاً حسناً لمن يريدون البحث والتأليف نظراً لأنه قد عنى بجمع المسائل المختلفة تحت النوع الذي تتفرع منه، كما أنه كثيراً ما كان يبين القواعد التي ترد إليها الجزئيات الفقهية.

الثالث: أصول «البزدوي»:

والمؤلف من كبار فقهاء الحنفية، وكان شيخهم في بلاد ما وراء النهر كتب في الأصول والفروع وفي التفسير والحديث، وكتاباته معتمدة عند فقهاء الأحناف وقد توفي سنة ٤٨٢هـ.

وكتابه هذا في «أصول الفقه» على طريقة الأحناف وعنوانه «كنز الوصول إلى معرفة الأصول» وقد تلقاه العلماء بالقبول، وشرحه عدد من العلماء، إلا أنه أهم شروحه وأوسعها، كتاب «علاء الدين البخاري»

المسمى «كشف الأسرار».

بدأ «البزدوي» كتابه بمقدمة في أقسام العلم الشرعي، ثم تكلم بعد ذلك عن أدلة الأحكام، مبتدأ بالأدلة التي يحتج بها الأحناف، ثم بالأدلة التي لا يحتجون بها، وعقد باباً لأحوال المجتهدين، ومراتبهم وشروطهم، وأفاض في بيان الآراء المختلفة في تصويب المجتهدين، وأخيراً تحدث عن العقل وما يتصل به من الأهلية. ويعد الكتاب أصلاً لكتب الأحناف التي جاءت بعده، بل لعله من أهم ما كتب في علم الأصول بإطلاقه.

ومنهج الكتاب يقوم على تحرير القواعد الأصولية عند الأحناف وصياغتها صياغة جديدة، في محاولة منه لفض الخلاف بين فقهاء المذهب. أما مادة الكتاب فهي غنية في مباحث الأدلة والاجتهاد بصورة لافتة للنظر.

ب ـ في المذهب المالكي:

ونشير إلى كتابين في الفروع وواحد في الفتاوى:

الأول: المدونة الكبرى:

المدونة الكبرى كتاب في المذهب المالكي، للإمام «مالك بن أنس»، إمام المذهب نقلت عنه، والرواية المعتمدة للكتاب هي رواية الفقيه المصري «عبد الرحمن بن القاسم» الذي عاصر الإمام مالكاً، وتتلمذ عليه وعلى نظرائه، وقد رواها عنه الإمام المغربي «سحنون بن سعيد» وتبدأ المدونة بكتاب الوضوء، وتنتهي بكتاب الديانات. وتشمل فيما بينهما جميع أبواب الفقه.

وأما منهج المدونة فهو كما يلي:

● تذكر المسائل في أكثر الأحوال على هيئة سؤال يوجه من الإمام «سحنون» إلى الإمام «عبد الرحمن بن القاسم» فيجيب هذا بما سمعه من الإمام «مالك» ولذلك تكرر في المدونة كلمات: قال، وقلت، وأرأيت.

● إذا لم يكن الإمام «عبد الرحمن بن القاسم» قد سمع من الإمام

«مالك» جواباً في المسألة المعروضة، فإنه يجيب عنها ويسند الجواب إلى نفسه.

● أحياناً ترد بعض المسائل دون أن تكون إجابة على سؤال.

● ترد في المدونة آراء وروايات عن الإمام «أشهب»، والإمام «ابن وهب».

● يلاحظ اختلاط المسائل في الأبواب، وتفرقها، ولذلك تسمى المدونة والمختلطة.

وأسلوب المدونة أسلوب فقهي واضح، لا يجنح إلى الألغاز أو التعقيد، وفيه قدر من التركيز الذي لا تبدو معه الفكرة مشوهة أو مبتورة. أما مادتها فهي تعد من المصادر الأصلية للمذهب المالكي. التي يعول عليها الفقهاء في دراسته، ولذا اهتم بها الفقهاء اهتماماً ضخماً، فوضعوا لها الشروح، والتعليقات والمقدمات.

الثاني: الذخيرة: للإمام القرافي.

المؤلف «أحمد بن إدريس القرافي»، نسبة إلى المحلة المجاورة لقبر الإمام «الشافعي»، وهو منهاجي مصري، مولداً ونشأة ووفاة، ولد سنة ٦٢٦هـ وتوفي سنة ٦٨٤، وكان من أكبر فقهاء المالكية في عصره، ومن أشهر علماء القرن السابع الهجري. ومن مؤلفاته المهمة، كتاب «الفروق» وكتاب «الإحكام في تمييز الفتاوى عن الأحكام».

ويعتبر كتاب «الذخيرة» موسوعة فقهية في الفقه المالكي والمقارن، جمعه مؤلفه من أمهات كتب المالكية، وجمع فيه فقه الصحابة والتابعين وعلماء الأمصار لا فرق بين أهل رأي وأهل حديث، وإذا ذكر رأياً نسبه إلى صاحبه، وقد ذكر «القرافي» في مقدمة كتابه «الذخيرة» أنه جمع فيه بين الكتب الخمسة التي تعتبر مرجعاً هاماً للمالكيين شرقاً وغرباً، وهي «المدونة»، و«الجواهر الثمينة في مذهب عالم المدينة» «لأبي عبد الله بن نجم بن شاس» «والتلقين» للقاضي «عبد الوهاب البغدادي»، «والتفريع» «لابن الجلاب»، «والرسالة» «لأبي محمد عبد الله بن أبي زيد القيرواني».

ومن حسن حظ العلم أن هذه الكتب الخمسة أصبحت بين يدي الباحثين في طبعات محققة بالإضافة إلى كتاب «الذخيرة» ذاته الذي طبع أخيراً طبعة كاملة لا ينقصها إلا ما يزال مفقوداً من أبوابه، وهذا يفتح آفاقاً واسعة للدراسة والمقارنة ومعرفة مناهج المؤلفين وصحة نقول اللاحق من السابق.

وقد زاد «القرافي» في كتابه «الذخيرة» كثيراً على هذه الكتب، وقد سار في كتابه هذا على منهج يتلخص في عدة أمور:

الأمر الأول: يبدأ الكتاب بمقدمتين هامتين الأولى في بيان فضيلة العلم وآدابه، والثانية في بيان أصول الفقه وقواعد الشرح واصطلاحاته وهي مقدمة هامة شرحها المؤلف بعد ذلك في كتاب مستقل في علم الأصول هو «شرح تنقيح الفصول».

الأمر الثاني: أنه كان يعزو الفروع التي يذكرها إلى المدونة إن كان يشترك غيرها معها فيه، أو كان خاصاً بها باعتبارها أصل المذهب عند المالكية، وإذا وجد الفرع مبسوطاً في كتاب أكثر من غيره نقله عن هذا الكتاب ونسبه إليه، وأعرض عما سواه.

الأمر الثالث: أنه كان في ترتيب الأقوال التي ينقلها في المسألة يقدم المشهور على غيره في المذهب المالكي، وإنما ذكر الخلاف بين «مالك» وغيره من الأئمة الآخرين «كأبي حنيفة» «والشافعي» بدأ برأي «مالك» ثم أخذ يستدل لكل رأي بحجته، ويُفيض في الاستدلال حتى يكشف المراد، ثم يبين الوجه ما يراه مردوداً لا تقوم حجته على إفادته، وكان يرجح ما يراه راجحاً دون التقيد بمذهب معين.

الأمر الرابع: كثير ما يذكر قاعدة ثم يبين ما ينبني عليه من الفروع.

الأمر الخامس: كان إذا استند إلى حديث في بيان حكم من الأحكام يذكر الكتاب الذي أخذ عنه الحديث كالبخاري ومسلم وغيرهما.

فالمادة العلمية لكتاب «الذخيرة» هي أقوال العلماء من مختلف المذاهب وأدلتها، فقيمة الكتاب كبيرة، وكثيراً ما يعتمد عليه الفقهاء، لأنه

جمع أمهات كتب المالكية، مع تحري صاحبه للنقل فكان موثوقاً به كل الثقة.

الثالث: كتاب «المعيار المعرب عن فتاوى أهل أفريقية والأندلس والمغرب»:

وهو من أهم كتب المالكية الذي كان لهم اهتمام خاص بالفتاوى والأحكام القضائية، ويعبر هذا الكتاب وأشباهه عن الفقه في حالة الحركة لا السكون، ويمثل مصدراً مهماً ليس للأحكام الفقهية فحسب، وإنما أيضاً للحياة الاجتماعية والسياسية من خلال أحكام القضاة وفتاوى الفقهاء.

مؤلف الكتاب هو «أبو العباس أحمد بن يحيى الونشريشى» أحد كبار فقهاء المالكية في القرن العاشر، وله كتابات مهمة منها كتاب «الفائق في الوثائق» وله كتاب في القواعد الفقهية، أما كتابه «المعيار» فهو خزانة الفتاوى في الفقه المالكي.

منهج الكتاب فيه مرتب على أبواب الفقه، أما مادته فقد جمعت تراث الفقه المالكي في النوازل والأقضية والفتاوى، ففيه ما كتب «ابن سهل»، و«ابن أبي الرفيع» و«أبي عبد الله الأزدي» «ومطرف» وغيرهم[(١)]، والكتاب موسوعة جامعة لفتاوى المذهب المالكي مما صدر عن أئمة المذهب في أفريقية والمغرب والأندلس من المتقدمين والمتأخرين مما يعسر الوقوف على أكثره في أماكنه.

والكتاب له طبعة جديدة محققة، مصدرة بدراسة طيبة عن كتب الفتاوى وفقهها وعن المؤلف وإنجازاته، وذيلت بفهارس تعين كثيراً على استخدام مادة الكتاب. والحقيقة أن هناك نهضة في المغرب العربي في تحقيق ونشر كتب المذهب المالكي فظهرت مؤلفات «ابن رشد الجد» خاصة «البيان والتحصيل» و«مسائل ابن رشد» «والمقدمات والممهدات»

---

(١) لمعرفة أسماء كتب النوازل عند المالكية وهي كثيرة جداً يراجع: عبد العزيز بن عبد الله: معلمة الفقه المالكي: دار الغرب الإسلامي، المغرب سنة ١٩٨٣ ص٧ ـ ٢٣. ففيه ببلوجرافيا عند كتب المالكية في هذا المجال.

وكتب «ابن الجلاب»، و«القاضي عبد الوهاب» وغيرهم، وصدر كتاب «الضروري في أصول الفقه» «لابن رشد» الحفيد وهو تلخيص ورؤية لكتاب «المستصفى» للإمام «الغزالي» كما صدر كتاب أصول الفقه «لأبي بكر بن العربي»، وفي اعتقادنا أن هذه الحركة الثرية في النشر والتحقيق تحتاج إلى مزيد متابعة، لرصد أهمية هذه المؤلفات، وعلى أساسها يدرس تطور الآراء والمؤلفات في الفقه المالكي فيما نطلق عليه علم تاريخ المذاهب الفقهية وتطورها.

جـ - في المذهب الشافعي:

وكتب المذهب كثيرة في أصول الفقه وفروعه وسوف تعرض لثلاثة كتب تعد أصولاً في المذهب:

الأول: كتاب الإم: للإمام الشافعي.

ويعتبر هذا الكتاب بحق أماً للمذهب الشافعي في الفقه، رواه عن الإمام «الشافعي» نفسه تلميذه «الربيع المرادي» ولهذا يبدأ الكتاب بهذه العبارة «والمتكلم البويطي، الراوي عن الربيع»، وهو مرتب على كتب تندرج تحت كل منها أبواب، وعادة يبدأ كل كتاب وكل باب غالباً، بآية تعتبر أصلاً لما سيذكره فيه من أحكام، أو بحديث يعتبر أصلاً كذلك، ثم يتبع ذلك بتقرير الأحكام المستنبطة من النص، في عبارات وأسلوب هي عبارات النص وأسلوبه[1]، رصانة، وعروبة أصيلة، وبلاغة في الدرجة العليا، مع بساطة ووضوح، فلا غموض ولا تعقيد، ولا حاجة إلى البيان والشرح، وكتاب «الأم» يعد كتاباً في الحديث الصحيح، إلى كونه كتاباً جامعاً لفقه «الشافعي» كله، فإنه يذكر مع حكم كل مسألة دليله من السنة إن وجد، وهو محدث حافظ له سند معروف، ومثله قلما يخطىء بإيراد حديث غير صحيح.

---

(١) شكك الدكتور زكي مبارك في رسالة صغيرة في كون كتاب «الأم» مؤلفاً «للشافعي» وهو شك في غير محله لا يقوم على أدلة خارجية، ولا يقرأ النص قراءة داخلية دقيقة.

كذلك يعتبر «الأم» أصلاً للمذهب «الشافعي»، ولكثير من أصوله التي تحدث عنها وبينها وهو يستدل للأحكام، فقد تناول فيه الإمام كل أصول المذهب وأحكام الفروع فيه، على نحو سلكه بعده جميع فقهاء المذهب، فلم يحيدوا عنه، إذ بدأه بكتاب الطهارة، بأنواعها المختلفة، وأوصاف الماء الطهور، ثم الصلاة وما يسبقها من أذان وإقامة، وما يلحقها من أحكام وأحوال، ثم سائر العبادات، ثم الصيد، والذبائح، ثم البيوع، ثم الرهن الكبير، ثم الشفعة، فالهبة، فاللقطة الصغيرة، فاللقيط. . . ، وهكذا إلى آخر مباحث الفقه وأبوابه، فهو المرجع الأول للمذهب الشافعي بما ذكر من أحكام الفروع وأدلتها.

الثاني: «المهذب في فقه الشافعي» للإمام «الشيرازي»:

مؤلف الكتاب هو الفقيه والأصولي «إبراهيم بن علي الشيرازي» ولد في «فيروزباد» بفارس ثم رحل إلى «شيراز» وإليها نسب.

ويعد «أبو إسحاق» مناظراً قوياً كان يهابه فقهاء عصره، وقد ترك عدداً من الكتب في الأصول والفروع، ومن أهم كتبه في علم الأصول «اللمع»[1] «وشرح اللمع» وقد نشر في طبقات محققة وله أيضاً «التبصرة» في أصول الفقه، ويعد الشيرازي من أهم فقهاء الشافعية في القرن الخامس وقد توفي ببغداد سنة ٤٧٦هـ. و«المهذب» كتاب في الفقه الشافعي، بدأ بكتاب الطهارة، وأنهاه بكتاب الإقرار، وسماه «بالمهذب» لأنه هذب فيه أصول المسائل وعرض أدلتها. وما تفرع على أصول «الشافعي» من المسائل والمشكلات بعدلها ـ كما يقول المؤلف في مقدمة الكتاب.

ولهذا الكتاب منهج يقوم على ما يلي:

● قسم المؤلف كتابه إلى كتب، وكل كتاب إلى أبواب، وقسم الباب إلى فصول، لكنه أحياناً يقسم الكتاب إلى فصول، ويبدو هذا في الكتب

(١) نشر الدكتور عبد المجيد التركي هذا الكتاب مع تقديمه بدراسة علمية هامة، كما نشر د. محمد حسن هيتو كتاب «التبصرة» ونشر كتاباً عن «الشيرازي».

التي تعالج موضوعاً لا تكثر فيه الفروع، ولا تتشعب فيه المسائل، مثل كتاب الظهار، وكتاب الصداق.

● يذكر في كل صدر كتاب أو باب الحكم الفقهي، ثم يردفه بالدليل.

● يهتم المؤلف بتعليل الأحكام.

● يستعين المؤلف أحياناً بقواعد النحو من تفسير بعض العبارات أو الحروف، ويبني الأحكام تبعاً لذلك.

● يذكر آراء فقهاءِ المذهب الشافعي بأدلتها، ولا يتجاوزه إلى غيره من المذاهب، وغالباً ما يذكر صاحب الرأي، ثم يناقشه على ضوء ما قيل في المذهب، دون أن ينسى ذكر رأيه الخاص.

ومادة الكتاب تؤكد أنه كتاب جليل القدر، دقيق الأسلوب، استوفى فيه المؤلف المذهب الشافعي بوجوهه وأقواله، وأصوله وفروعه في نسق جميل، وترتيب لطيف، وهو لكل هٰذا يعد من أمهات كتب المذهب الشافعي التي يعول عليها في دراسته، ومعرفة أقوال فقهائه، وتعليل الآراء والأحكام، ولذلك اعتمد عليه أئمة العلماء، واعتنى بشأنه فقهاء الشافعية ما بين شارح له، ومبين للغوياته، ومخرج لأحاديثه.

الثالث: البرهان: لإمام الحرمين:

البرهان كتاب في أصول الفقه على مذهب الشافعية، ومؤلفه شيخ الشافعية في القرن الخامس الهجري أبو المعالي الجويني، وهو مؤلف موسوعي كتب في علم الكلام والتفسير والأصول والفقه وعلم الخلاف، وعلم السياسة، وله في الفقه «نهاية المطلب»، «ومختصر النهاية»، في علم الخلاف، «الكافية في الجدل»، وفي أدب «إكسير الذهب»، وفي علم الكلام «الشامل في أصول الدين» و«العقيدة النظامية»، وفي علم أصول الفقه «الورقات» و«البرهان»، يعد كتاب البرهان من أهم كتب الأصول على طريقة المتكلمين، وعُد من مفاخر المدرسة الشافعية، ويشتمل كتاب «البرهان» على مقدمة مهمة، ثم الكتاب الأول عن الكتاب والسنة، والثاني عن

الإجماع، .والثالث عن القياس، والرابع عن الاستدلال، والخامس عن الترجيح، والسادس عن الاجتهاد، والسابع عن الفتوى، وهو آخر الكتاب. وفي الكتاب اجتهادات واضحة، وطريقة مستقلة، ومنهج غير مسبوق أثر فيمن جاءوا بعده، وهو في محيطه مرجع أصول هام جداً، ويعد من الأمهات في كتب أصول الفقه بعامة، وعند الشافعية بوجه خاص[١].

د ـ في المذهب الحنبلي:

وسوف نذكر أيضاً ثلاثة كتب مهمة تعد من أمهات المذهب وهي:

الأول: المغني: «لابن قدامة».

صاحب «المغني» أبو محمد «عبد الله بن أحمد» وقد اشتهر باسم «ابن قدامة» يعد من أهم فقهاء الحنابلة في القرن السادس الهجري، ولد سنة ٥٤١هـ، وتوفي سنة ٦٢٠هـ، وله كتب في العقائد والتفسير والحديث وأصول الفقه والفقه، ومن أهم كتبه الأصولية روضة الناظر، أما كتاب «المغني» فهو أهم كتبه الفقهية، بل هو بإطلاق أهم وأعظم وأكبر مؤلفاته. والمغني شرح شرح لمتن مشهور في المذهب الحنبلي، هو مختصر «الخرقي» وهو متن يعرفه ويقدره جميع الحنابلة، وصاحبه من فقهاء القرن الرابع توفي سنة ٣٣٤هـ، وقد بلغ من عناية فقهاء المذهب بهذا المتن أنه شرح بثلاثمائة شرح، أهمها وأشهرها هذا الكتاب.

وكتاب «المغني» كتاب في فقه المسلمين جميعاً. لخص فيه «ابن قدامة» المذاهب الإسلامية كلها بأدلتها، ويذكر ما يلزم من الأصول والفروع، ويستدل لمذهبه موافقاً أو مخالفاً، ويناقش في اعتدال وحيدة، فهو موسوعة في الفقه الإسلامي المقارن لا يستغني عنها باحث، بالإضافة إلى كونه من أهم كتب المذهب في الفقه الحنبلي.

الثاني: «إعلام الموقعين»، «لابن قيم الجوزية»:

---

(١) قام الأستاذ الدكتور عبد العظيم الديب بتحقيق هذا الكتاب ودراسته وقدمه تقديماً علمياً، ونشره على هذا النحو أدى خدمة علمية جليلة، خاصة أن صديقنا الدكتور الديب اختصاصي في فقه «الجويني» وله كتاب مهم عن فقهه.

والمؤلف من أعلام المذهب الحنبلي، ومن أعلام فقهاء الإسلام، ولد في دمشق سنة ٦٩١هـ وتوفي سنة ٧٥١هـ، وله تراث مهم في السيرة والفقه والأصول والتصوف والعقائد، وهو يمتاز في مؤلفاته بعمق الفكرة وطلاوة العبارة وهدوئها.

و«إعلام الموقعين» كتاب في الفقه والتاريخ والأصول. فيه الكثير من الأحاديث وأقوال الصحابة والتابعين، وفيه شرح لفتاوى الإمام «أحمد بن حنبل» وفيه تخريج للفروع على الأصول على مذهب إمامه، والمؤلف مناظر قوي، وصاحب حجة نقلية، وبراهين عقلية.

وكتاب «أعلام الموقعين» يمثل الفقه الإسلامي الحي المتطور حسب الزمان والمكان، لأنه حمل على التقليد والمقلدين، وذم أصحاب الرأي الذي لا يسنده دليل، ودعا إلى الاجتهاد واستلهام روح الشريعة وفقهها من مصادرها الأساسية، والاستهداء بآراء فقهاء الصحابة والتابعين والأئمة المجتهدين، والملاحظ أن هذا الكتاب لم يلتزم طريقة معينة في عرض مسائله، فهو أحياناً يتحدث عن مسألة أصولية، ثم ينتقل بعدها إلى مسألة فقهية، ثم يعود إلى مسائل الأصول، ولكن الكتاب شيق، ومعلوماته الفقهية حية وعميقة، ويعد الكتاب من أمهات الكتب في الفقه الإسلامي بوجه عام، وفي المذهب الحنبلي بوجه خاص.

الثالث: «الإنصاف في معرفة الراجح من الخلاف»:

والكتاب موسوعة على فقه الإمام أحمد ومؤلفه «علاء الدين أبي الحسن بن سليمان المرداوي» عاش في الفترة من ٨١٧ ـ ٨٨٥هـ.

ويعد كتابه من الكتب المطولة في مذهب الحنابلة، جمع فيه مؤلفه كل ما قيل في هذا المذهب من أقوال ووجوه وروايات، وأحصاها أدق إحصاء، ثم بين الصحيح منها في المذهب، وذكر في كل مسألة ما نقل فيها من الكتب، وكلام علماء المذهب من المتقدمين والمتأخرين، والكتاب معلمة حنبلية كبيرة فيها غناء عن كثير من المطولات والمختصرات.

د ـ في المذهب الجعفري: شرائع الإسلام:

ومؤلف الكتاب المحقق الحلي من كبار فقهاء الشيعة الجعفرية، وله مكانته في تاريخ الفقه الإسلامي بعامة، وكتابه مرجع فقهي هام أوجزه بنفسه في كتابه «المختصر النافع» وله شروح متعددة ربما كان أوسعها مادة وانتشاراً شرحه المسمى «جواهر الكلام» وكتاب «الحلي» على الرغم من أنه يذكر آراء الشيعة الإمامية بأدلتها إلا أنه يشير إلى آراء المذاهب الأخرى سنية وشيعية، وهو معتدل في مناقشة الآراء، وله حضور قوي في المذهب بترجيحاته واجتهاداته.

ومادة الكتاب غنية، وأسلوبه دقيق، وفقهه محرر ويعد من الكتب المعتمدة في المذهب.

هـ ـ في المذهب الزيدي: الروض النضير:

مؤلف الكتاب هو القاضي الحسين بن أحمد ولد بصنعاء وتوفي بها سنة ١٢٢١هـ، وعلى الرغم من أنه من الفقهاء المتأخرين، إلا أن كتابه موسوعة في الفقه الزيدي بوجه خاص، والفقه المقارن بوجه عام.

والكتاب شرح لمتن مهم هو المجموع الفقهي للإمام زيد، قدم المؤلف كتابه بمناقشة صحة المجموع إلى الإمام زيد، ثم يخرج أحاديث الكتاب، وينسبها إلى كتب المحدثين خاصة أئمة الحديث من أهل السنة، وكان يبين طريق استنباط الأحكام من الأحاديث الواردة في الكتاب، ويبين المختار من الأقوال ويستدل له من غير تعصب لقائل بعينه، ولا يقتصر على ذكر آراء فقهاء آل البيت بل يذكر آراء الأئمة الآخرين.

ومادة الكتاب غزيرة، واستدلالاته قوية، وعبارته سهلة، وهو كتاب معتمد في دراسة آراء المذهب الزيدي.

و ـ في المذهب الاسماعيلي «دعائم الإسلام»:

لم يكن حتى نصف قرن مضى يوجد بين أيدينا مرجع متداول للفقه الإسماعيلي، حتى نشر كتاب «دعائم الإسلام» للقاضي النعمان شيخ الإسماعيلية في عصره، وهو داعية ومتكلم وفقيه، جلس سنة ٣٦٩، في

الأزهر الشريف، وكانت دروسهم في فقه الشيعة هي أول الدروس التي ألقيت في هذا المعهد العظيم.

والقاضي النعمان له كتب مهمة كثيرة منها افتتاح الدعوة، والمجالس والمسيرات، وأساس التأويل، وتأويل الدعائم. ومنها كتابه هذا «دعائم الإسلام»، وهو الكتاب الفقهي الإسماعيلي الوحيد بين أيدينا، وقد نشر في ثلاثة مجلدات، والجزء الفقهي فيه ـ بعيداً عن التأويل ـ معتدل إلا أنه يعتمد على أئمة المذهب الاسماعيلي وقيل إن الخليفة الفاطمي نفسه شاركه في تأليف الكتاب.

والخلاصة أن الكتاب مرجع هام بل هو المرجع العمدة عن الشيعة الإسماعيلية في المجال الفقهي.

ز ـ في المذهب الإباضي: شرح النيل:

اهتم الإباضيون المعاصرون خاصة في عمان الحديثة بنشر تراث كتب المذهب، وأصبحت كتب «الثميني» و«السالمي» و«الورجلاني» ومنه قبل لم يكن متوافر لدى الباحثين إلا كتاب «الجامع الصحيح مسند الإمام الربيع بن حبيب» ويعتبره الإباضية في مكانة كتاب «صحيح البخاري» عند أهل السنة، وكتاب «الكافي» «للكليني» عند الشيعة الإمامية.

و«شرح النيل» كتاب متأخر مؤلفه «محمد بن يوسف بن أطفيش» من شيوخ الإباضية في العصر الحديث، عاش في مصر واختلط بعلمائها ويعد كتابه موسوعة كاملة في فقه الإباضية، ولولا ما نشر اليوم من كتبهم لقلنا إنه أطولها وأغزرها مادة، ومع ذلك فإن الكتاب يكاد أن يكون المرجع المحرر في فقه الإباضية، عليه الاعتماد في عرض مذهبهم، ودراسة أصولهم. خاصة وأن مؤلفه كان واسع الإطلاع، غزير التأليف، وتشهد بذلك كتبه في تفسير القرآن، وفي الحديث والعقائد وغير ذلك.

والكتاب له طبعة محققة في ١٨ جزءاً، أدت خدمة للفقه الإباضي بوجه خاص وللفقه المقارن بوجه عام.

المطلب الثاني

مرحلة التقنين

ظلت الشريعة الإسلامية هي القانون الحاكم لكل العالم الإسلامي من عصر الفتوح، وكان القاضي المجتهد يحكم بما يؤديه إليه اجتهاده، والقاضي المقلد يلتزم الراجح في مذهبه، وأو بما يلزمه به ولي الأمر، وظلت المذاهب الأربعة ومعها عدد من المذاهب الشيعية ـ مثل الإمامية والزيدية ـ تحكم الحياة القانونية لهذه العصور، ولم يعرف العالم الإسلامي التقنين إلا في مرحلة متأخرة لا ترجع إلى أكثر من القرنين الأخيرين ـ إلا فيما نذر[١] ـ ولكن التفكير في مجموعة واحدة يرجع إليها القضاة والمتقاضون ليست غريبة على التفكير الفقهي، فقد دعا «ابن المقفع» في «رسالة الصحابة»، وحاولها «أبو جعفر المنصور» عندما أراد إلزام الناس بما في موطأ الإمام «مالك».

وقد عرض الفقهاء المحدثون لفكرة التقنين ونتائجها، ومثل كل المسائل الاجتهادية في الشريعة، تباينت الآراء بين مؤيد ومعارض، ولكل أدلته وأسبابه، ولكن واقع الأمة، وفوضى الأحكام وتناقضها، فرض أحكام مستوردة على الأمة، كل ذلك انتصر لمبدأ تقنين الشريعة، وأصبح الجدل الفكري حول القبول والرفض غير ذي جدوى، وانتقل الحوار إلى دائرة أخرى يدور النقاش فيها حول منهج التقنين وأسلوبه، وليس على أهمية التقنين ذاته.

(١) تشير الوثائق إلى أن هناك بعض الأوامر السنية التي تحمل قواعد قانونية ملزمة لبعض البلاد الأوروبية التي دخلت في حزام الدولة العثمانية، وكان ذلك منذ أواخر القرن السابع عشر.

١ ـ محاولات التقنين:

كانت عملية التقنين جهداً فردياً لبعض الأفراد، وأمراً سلطانياً في بعض الدول، وكان التقنين الرسمي يضيق ويتسع وفق الاتجاه السياسي السائد، وكانت الجهود الفردية تحمل بذور تيارات متصارعة في بعض الأحيان، ولكنها على كل حال كانت إرهاصات دعمت موقف الداعين إلى التقنين.

أ ـ المحاولات الرسمية:

لعل المحاولة الرسمية الأولى لوضع مجموعة قانونية متكاملة تستمد أحكامها من الشريعة الإسلامية، هي ما قامت به دولة الخلافة في القسطنطينية، عندما مهدت إلى لجنة من كبار العلماء، لوضع مجموعة للأحكام الفقهية في المعاملات المدنية، والتي أطلق عليها بعد إنجازها «مجلة الأحكام العدلية»، وصدرت في ٢٦ شبعان سنة ١٢٩٣هـ لتصبح أول تشريع كامل ملزم تصدره دولة إسلامية. ولمجلة الأحكام العدلية مقدمة في مقالتين الأولى في تعريف علم الفقه وتقسيماته، والثانية في بيان القواعد الفقهية، أما موضوعاتها فقد وردت في ستة عشر كتاباً، خصص الأول منها للبيوع المادة من ١٠١ ـ ٤٠٣، والثاني للإيجارات من المادة ٤٠٣ ـ ٦١١، والثالث للكفالة من المادة ٦١٢ ـ ٦٧٢، والرابع للحوالة من المادة ٦٧٣ ـ ٧٠٠، والخامس للرهن من المادة ٧٠١ ـ ٧٦١، والسادس للأمانات من المادة ٧٦٢ ـ ٨٣٢، والسابع للهبة المادة ٨٣٣ ـ ٨٨٠، والثامن للغصب والإتلاف المادة ٨٨١ ـ ٩٤٠، والتاسع للحجر والإكراه والشفعة المادة من ٩٤١ ـ ١٠٤٤، والعاشر لأنواع الشركات المادة ١٠٤٥ ـ ١٤٤٨، والحادي عشر للوكالة من المادة ١٤٤٩ ـ ١٥٣٠، والثاني عشر للصلح والإبراء من المادة ١٥٣١ ـ ١٥٧١، والثالث عشر للإقرار المادة ١٥٧٢ ـ ١٦١٢، والرابع عشر للدعوى من المادة ١٦١٣ ـ ١٦٧٥، والخامس عشر للبينات والتحليف المادة ١٦٧٦ ـ ١٧٨٣، والسادس عشرة للقضاء المادة ١٧٨٤ ـ ١٨٥١. وقد استوعبت المجلة كل أحكام المعاملات الشرعية ـ عدا الأحوال الشخصية ـ فكانت مجموعة مدنية شاملة تضم الأحكام الموضوعية، والأحكام الإجرائية.

وهنا نشير إلى أمرين:

الأمر الأول: طريقة عمل المجلة:

الطريقة التي اتبعت في استنباط أحكام المجلة العدلية يمكن حصرها في النقاط التالية:

- الأصل أنها ترجع إلى مذهب الإمام أبي حنيفة لأنه كان مذهب الدولة الرسمي، فكان واضعو المجلة يتجهون إلى كتب المذهب لصياغة الأحكام.

- اتجه واضعوا المجلة إلى ترجيح الأخذ برأي من يقول بحكم يتفق مع العرف الجاري عليه العمل ومع حاجات العصر الحديث.

- اكتفت لجنة وضع المجلة بالمقدمة التي ضمت القواعد الأصولية ولم تحاول وضع نظرية عامة للالتزامات، ولعلها تأثرت بمنهج علماء الفقه الإسلامي، خاصة وأن ترتيب موضوعات المجلة جاء على منوال كتب الفقه الإسلامي.

الأمر الثاني: أثر إصدار المجلة:

لقد جاء إصدار المجلة دعماً لتيار التقنين، وانتصاراً لاتجاه الإصلاح التشريعي القائم على أحكام الفقه الإسلامي، وهو إصلاح ذو شقين، شق إجرائي تمثل في ضبط نظم المحاكم الشرعية وإجراءاتها، وشق موضوعي تجسد في تدوين الأحكام المعمول بها، وتقنينها في مواد على طراز القوانين الأوروبية.

وكان تأثير مجلة الأحكام العدلية في اتجاهين:

اتجاه تشريعي: حيث فتح إصدار المجلة الباب أمام بلاد إسلامية أخرى لمحاولة استنباط تقنينات مستمدة من الشريعة الإسلامية، وظهر هذا سريعاً في «مجلة الالتزامات التونسية»، والتي تفوقت في الصياغة على مجلة الأحكام العدلية، واهتمت بوضع نظرية عامة للالتزامات، ويعزى ذلك إلى

تأثير الأساتذة الفرنسيين والإيطاليين الذين شاركوا في وضع المجلة خاصة الأستاذ «سانتلانا». ثم استمرت حركة التقنين. حتى بلغت أوجهاً في النصف الثاني من القرن العشرين، وصدرت تقنينات كثيرة في العالم الإسلامي مصدرها الشريعة الإسلامية، ولا شك أن إصدار هذه القوانين في مرحلتها الأولى كان بتأثير من دولة الخلافة، ولكن استمرارها في مراحل أخرى كان تعبيراً عن إحساس الفقهاء بأهمية وجود قانون شرعي، يملأ المساحات الشاغرة، وتستعيد به الأمة عافيتها الروحية، ولم يتكامل هذا الهدف بعد. ففي أنحاء كثيرة من العالم الإسلامي، لا تزال التقنينات تنتظر الإصدار، وهي حبيسة الأدراج يخشى من تعميم تداولها ـ حتى بين أهل الاختصاص، وهي حساسية مفرطة في مواجهة الدعوة إلى تقنين الشريعة، وانحياز إلى الذين يتوجسون خيفة منها، وليس غريباً أنه تهتم علمانية الفكر باتهام إسلامية التشريع.

اتجاه فقهي: لقد حركت المجلة المياه الآسنة في نهر الفكر، وبعثت حركة نشطة بدأت بشروح متعددة للمجلة، وصل عددها ما بين مخطوط ومطبوع إلى أكثر من مائة شرح، من أشهرها، شرح «علي حيدر» وشرح «رستم باز»، وشرح «الأتاسي»، وشرح «منير القاضي»، واهتم بعض الفقهاء بوضع شروح مفردة لقواعد المجلة الفقهية، من أشهر هذا الشروح شرح القواعد الفقهية للعلامة السوري «مصطفى الزرقا»، وانداحت هذه الحركة لتشمل قاعات الدرس في كليات الحقوق في ذلك العصر خاصة مدرسة الحقوق الملكية في مصر، حيث تولى أساتذة الشريعة فيها بوضع شروح فقيهة على موضوعات المجلة لتكون مادة التدريس في أقسام الشريعة، ومن أشهر هذه المؤلفات كتابات «زيد الأبياني» و«أحمد أبو الفتح» و«أحمد إبراهيم» و«محمد سلامة»، وقد تطورت هذه الشروح بعد ذلك، لتصبح مؤلفات مفردة ودراسات منهجية لأحكام المعاملات في الفقه الإسلامي، على يد عبد الوهاب خلاف، وفرج السنهوري، وعلي الخفيف، ومحمد أبو زهرة، ويوسف موسى، ومحمد مصطفى شلبي، وتوالت الأجيال من بعدهم تحمل الرسالة وتؤدي الأمانة.

ب ـ المحاولة الفردية:

وظهرت هذه المحاولات الفردية باعتبارها تدويناً للفقه في صورة مواد قانونية، ولكنها ليست تقنيناً ملزماً وإن اعتمد عليه القضاة، وأهم هذه المحاولات ما قدمه الوزير المصري «قدري باشا» في مجموعته الفقهية، «مرشد الحيران»، و«الأحوال الشخصية» و«الإنصاف في أحكام الأوقاف»، وجاءت هذه المجموعات مستمدة من المذهب الحنفي على غرار مجلة الأحكام العدلية، ولكن جهداً آخر بذله «قدري باشا»، و«مخلوف المنياوي» بتخريج أحكام القوانين الوضعية التي صدرت في مصر، على أحكام الفقه الإسلامي، وقام «قدري باشا» بالتعليق والمقارنة على مذهب الأحناف، و«مخلوف المنياوي» بالتعليق والمقارنة على مذهب الإمام مالك، ومثال ذلك المادة (٢) من قانون تحقيق الجنايات ونصها «لا يجوز تطبيق أحكام القوانين على الوقائع والحوادث إلا بالنسبة للزمن المستقبل الذي بعد تاريخ إعلانها، ولا تسري أحكامها على الوقائع السابقة» وجاءت التعليقات والمقارنات على النحو التالي:

على مذهب مالك: كتب الشيخ «مخلوف المنياوي»[١] يقول «الحاكم لا يتعلق حكمه الحادث باجتهاده بما مضى قبله، بل يكون الحكم قاصراً على ما حدث ليس غير، كما هو مستفاد من كتب المذهب عند قول المصنف، ولم يتعد لمماثل ـ أي الحكم القضائي لا يتعدى إلى غير صاحبه ـ ومن ذلك المسألة المشتركة المعروفة... فهذا البند موافق للمذهب بتقييد القانون بغير ما منعه الشرع.

على مذهب أبي حنيفة: كتب «قدري باشا» يقول «ذكر علماؤنا أن الأحكام الشرعية وإن كانت لا تختص بزمان ولا مكان لكن إذا صدر أمر ولي الأمر للقضاة بعدم سماع دعوى في الوقائع السابقة التي تم الحكم فيها شرعاً يتبع، ويكون ذلك من باب تخصيص القضاء... فلهذا البند مناسبة بالمذهب».

---

(١) في حوزتنا هذه المخطوطة واشترك مع الأستاذ الدكتور محمد سراج رئيس قسم الشريعة الإسلامية بجامعة الاسكندرية في إعدادها للنشر.

وهكذا استمرت تعليقات الشيخين على مواد القانون إلا في القليل حيث لا يجدان تخريجاً شرعياً، فيمتنعان عن التعليق.

ومحاولات «قدري باشا»، وتعليقاته مع زميله «مخلوف المنياوي» وجهت في المراحل التالية عدداً من فقهاء المذاهب إلى تدوين الفقه المذهبي في مواد، فأعدت مجلة الأحكام الشرعية المالكية، ومثالها في الفقه الحنبلي، وقام بمثل هذا في الفقه الجعفري العلامة «محمد جواد مغنية» وكلها محاولات فردية، والتدوين فيها على مذهب واحد، ولكنها هيأت الأذهان لأهمية التقنين، وأيدت في الواقع العملي وجهة القائلين بالأساس اللامذهبي للتقنين: بل هناك محاولات لتقنين تأييداً لبعض الحركات الاجتماعية، ومثاله المواد العشر الخاصة بالطلاق والتي صاغها «قاسم أمين» في ختام كتابه «تحرير المرأة»، والمواد التي اقترحها الأستاذ الإمام «محمد عبده» لإصلاح حال المرأة المسلمة، ومضت حركة التقنين في طريقها، بل اتجهت في السنوات الأخيرة لتكون عنصراً من عناصر الوحدة بين البلدان العربية، ومثالها مشروعات القوانين الموحدة التي عملت على صياغتها الجهات المعنية في جامعة الدول العربية مثل مشروع قانون الأحوال الشخصية الموحد، والقانون المدني العربي الموحد... الخ.

٢ ـ أسس التقنين[١]:

لقد انتصر العقل الفقهي الحديث لفكرة التقنين، واستندت محاولات التقنين إلى قاعدتين أساسيتين في الفقه الإسلامي هما:

القاعدة الأولى: أن طاعة ولي الأمر واجبة إذا أمر بمباح أو نهى عنه، وأن إطاعة أوامره ونواهيه واجبة، ما لم تكن بمعصية متيقنة، ومتى كان الباعث عليها مصلحة الأمة.

---

(١) في هذا الصدد يراجع كتابنا:

«في منهجية التقنين النظرية والتطبيق» القاهرة سنة ١٩٩٥ فهو دراسة نظرية وعملية ووثائقية مفصلة لهذا الموضوع.

القاعدة الثانية: أن ولاية القضاء مما يقبل التخصيص بالزمان والمكان والحوادث، فلولي الأمر أن يمنع القضاة من سماع الدعوى فى بعض الحوادث متى كانت المصلحة تقتضي ذلك، وكان نوع هذه القضايا يندرج تحت ولايتهم.

وعلى هدى من هذين القاعدتين سارت حركة تقنين الشريعة على المبادىء الآتية:

أ ـ ربط التقنين المنشود بمصادره الشرعية من كتاب الله وسنة رسول الله وإجماع الأمة وآراء الفقهاء الموثوق بها، وقامت المذكرات الإيضاحية بهذه المهمة، ليصبح الرجوع إلى هذه المصادر عندما يحتاج التطبيق إلى تفسير، والنص إلى إيضاح.

ب ـ عدم التقيد بمذهب معين من مذاهب الفقه الإسلامي وإن كانت كل دولة تعتمد في الأصل على مذهبها السائد، وذلك خروجاً من ضيق المذهب الواحد إلى اتساع الفقه بمذاهبه المختلفة، إذ الفقه وحدة متكاملة في ضوء منهجية التقنين، خاصة وأن المذاهب الإسلامية هي اجتهادات لأصحابها لا تقيد غيرهم إلا بقدر ما يقوم الدليل على صحتها، على تحقيقها للمصلحة المعتبرة شرعاً.

جـ ـ بالنسبة للأمور المستحدثة التي ليس لها نظائر فقهية، وليس فيها ما يخالف النصوص، يتم استنباط أحكامها استناداً إلى دليل المصلحة المرسلة، التي تجيز لولي الأمر ـ وهذا جوهر السياسة الشرعية ـ وضع النظام المناسب لتحقيق مصالح المجتمع. لأن القانون يجب أن يكون وثيق الصلة بحياة المجتمع وتقاليده.

د ـ وعند صياغة التقنين يراعى عدم استقصاء كل التفاصيل والفروع أو النص عليه حتماً، اكتفاء بالكليات، تحقيقاً لغرض المرونة، وتمكيناً للقضاء والفقه من دورهما في تطبيق تلك الكليات، وبيانها على الواقعات وفقاً للقواعد المقررة في الفقه الإسلامي.

وقد استقرت هذه المبادىء في منهجية التقنين اليوم، ولكن لا يجوز

الاعتقاد بأن «الحركة اللامذهبية في التقنين» لم تصادف عقبات صعبة التجاوز، فمن الثابت تاريخياً أن العلماء المذهبيين وقفوا بصلابة في وجه «المدرسة اللامذهبية» وحالوا دون صدور عدة قوانين للأحوال الشخصية في مصر لأخذها بآراء من المذاهب الفقهية الأخرى، ومع هذا فقد استطاعت المدرسة «اللامذهبية» أن تتخطى عقبات الالتزام المذهبي، وصدر قانون الأحوال الشخصية في مصر سنة ١٩٢٩ متخطياً المذاهب الأربعة، بل إن القانون السوري للأحوال الشخصية ـ وهو قانون متكامل خطا خطوة أوسع باستحداث أحكام جديدة لم تدون في الكتب الفقهية. وإن قراءة التاريخ الفقهي تؤكد أن تعدد المذاهب أمر محمود، أم العصبية المذهبية، وسيطرة المذهب الواحد فهما من عوامل التضييق على الأمة وهي تحاول تقنين الشريعة.

٣ ـ مخاطر التقنين:

لعل الذين عارضوا فكرة التقنين أقلقهم أن يتجمد الفقه الإسلامي الواسع في نص، وأن يتبدد الفقه المذهبي بالتلفيق، ونسي هؤلاء أن النص القانوني يفتح الأبواب على مصاريعها لتنشيط الفقه سواء لدراسة النص وتفسيره أو لمتابعة أحكام القضاء والتعليق عليها، ونسي هؤلاء أيضاً أن التلفيق فكرة فقهية لقيت معارضة ولقيت تعضيداً، ولكن حاجة المشرع إليها شديدة وكان المشرع الإسلامي المعاصر حذراً في تخطي الآراء الفقهية، وكما يقول «أندرسون» بحق ـ تظل الحقيقة الناصعة هي أنه في معظم الحالات التي جرت فيها يد الإصلاح في قوانين الأحوال الشخصية، تم الاستناد على مقولات الفقهاء القدامى بأكثر من الاستناد إلى آراء الفقهاء المعاصرين[(١)].

إن مخاطر التقنين الحقيقية تكمن في الاستسلام للواقع لأسباب سياسية أو تحت وطأة الضغوط الدولية، بحيث يتعارض التقنين مع الشريعة

(١) د. أندرسون: أوجه الإصلاح الحديث للقانون الإسلامي: ترجمة هنري رياض بيروت سنة ١٩٩٣ ص٥٧.

ولكنه يحكم النسيج الاجتماعي ويخلق أنماطاً من الفكر والسلوك تحول دون الاستجابة للشريعة في ظل ظروف اجتماعية غير مواتية.

وقد حاول «شاخت» في دراساته عن القانون الإسلامي أن يجعل خضوع المشرع للواقع بعيداً عن مصادر الإسلام الأصلية هو سمة العمل الفقهي التشريعي قديماً وحديثاً، يقول «شاخت» «إن وضع الفقهاء المعاصرين الذين يقومون بوضع قوانين الأحوال الشخصية في عالمنا المعاصر، يكاد يماثل إلى حد كبير وضع فقهاء المسلمين في القرنين الأول والثاني الهجريين، وذلك لأنه في العصر الباكر للإسلام لم يكن الفقهاء يهتمون كثيراً بأن يأخذوا القواعد من مصادر القانون النظرية المجردة، بل مما يتوافق مع مجرى الحياة العملية لجمهور المواطنين، وإن كانت لا تتوافق بالضرورة مع أحكام الشريعة الإسلامية، على أن يقوموا بتطبيقها مع الشريعة عن طريق أسلمتها وإدخالها في رحاب النظام السائد».

ونظرية «شاخت» خاطئة من أساسها لأنه لا يفصل بين الثابت والمتغير في الفقه الإسلامي، ولا ينظر بإنصاف إلى دور العرف في حكم الواقع ومكانه إلى جوار المصادر الشرعية الأخرى. إن الأحكام نوعان، نوع وردت به نصوص القرآن والسنة، ونوع استنبطه المجتهدون في هذه الأمة بأي طريق من طرق الاستنباط.

النوع الأول: يلتزم به المشرع في كل عصر.

النوع الثاني: يختار منه المشرع في كل عصر وله أيضاً أن يتجاوزه ويأتي بما هو أصلح لعصره وزمانه. لأنه من المتفق عليه بين المسلمين أن رأي أي مجتهد ليس حجة على المسلمين ملزمة، وأنه ليس على أي إنسان إلزام بأن يأخذ بمذهب معين من مذاهب المجتهدين.

٤ ـ أصداء التقنين:

لقد كان لهذا التقنين أثره الإيجابي على دفع حركة الاجتهاد إلى الأمام وتوسيع مجالاته على النحو التالي:

أ ـ الدعوة إلى تجديد الفقه:

وقد حمل هذا اللواء عدد من فقهاء الإسلام منهم «محمد عبده» و«رشيد رضا» و«محمد مصطفى المراغي» في مصر و«عبد الرحمن الكواكبي» و«شكيب أرسلان» في الشام، وأمثالهم في المشرق العربي والمغرب العربي، وقد أسهم فكر هؤلاء بصورة فعالة في التمهيد لحركة التقنين ومساعدتها في التأصيل والصياغة والإصدار، ولم تتوقف هذه الكوكبة عند الفقه المأثور بل تجاوزته اختياراً واجتهاداً، وكانت دعوتها إلى العودة الاجتهاد هي عودة إلى تجديد الفقه في الأصول والفروع. ولكن من خلال منهج يحفظ العلاقة بين النص والواقع، وكان من آثار هذا المنهج البحث عن صيغ جديدة لإزالة العصبية المذهبية، والدعوة إلى التقريب بين المذاهب الإسلامية ـ خاصة الشيعية والسنية ـ وقد شارك في هذه الدعوة فقهاء أعلام كان هدفهم عزل الفقه عن الصراع السياسي، وتكوين جبهة قوية تواجه خصوم الفقه، وتجابه أعداء الشريعة، ومن الخطأ والخطر أن يستدرج العقل الفقهي إلى العمل الفكري البحت، فلا بد من وصل الفقه بالواقع، وبغير التقنين يظل الفقه تجريداً ذهنياً يتسم بالعقم وإن تظاهر بالعمق، ولم يحدث في تاريخنا الفقهي كله أن الفقه تطور إلا في ظلال التشريع، كما أن التشريع لما يصبح ملائماً لنا، صالحاً لحياتنا، إلى حين يستمد فلسفته العامة وأنظمته القانونية من فقهنا المتطور على أساس من القرآن والسنة.

ب ـ صحة الدراسات المقارنة:

واكبت حركة التقنين صحوة في الدراسات المقارنة ما قام بها علماء الأزهر وهم يبحثون على أحكام الوقائع في كتب المذاهب، أو وهم يقبلون ويرفضون النصوص الجديدة في ضوء الفقه المذهبي، واستطاع صفوة من أبناء مدرسة الحقوق ـ بتوجيه من أساتذة أجانب على رأسهم الأستاذ «لامبير» ـ أن يقدموا في أطروحاتهم للدكتوراه في فرنسا وإيطاليا ومصر دراسات متعمقة في فقه الشريعة مقارنة بالتشريعات الوضعية، خاصة وأن حركة القانون المقارن قد بدأت تحتل مكانتها الدولية منذ أوائل القرن العشرين وقد أدى هذا إلى أمرين:

الأمر الأول: مشاركة العالم الإسلامي ممثلاً في الأزهر في عدد من مؤتمرات الفقه المقارن، حتى توجه هذا الاشتراك في المؤتمر الثاني في باريس سنة ١٩٥١ باعتراف كامل بالأهمية القانونية للفقه الإسلامي على المستوى العالمي. واستمر وضع الشريعة يتزايد في كافة المؤتمرات التالية إلى أن ضعف المسلمين وتداعى الأمم عليهم جعل حصاد هذا الاعتراف ضعيفاً على المستوى العالمي.

الأمر الثاني: اتجاه عدد كبير من المستشرقين إلى دراسة الشريعة الإسلامية، وكانت أغلب الدراسات الاستشراق قبل ذلك تهتم بالأدب واللغة والفلسفة والتصوف، وقد بدأت هذه الدراسات قوية على يد «جولد زيهر» «وسانتلانا» «وفون كريمر» «وسخاو» ثم جاءت أجيال جديدة يمثلها في المدرس الانجليزية «شاخت» «وكولسون» «وأندرسون»، وفي المدرسة الفرنسية «دي بلفوند» «ولويس ميلو» وغيرهما، وهؤلاء جميعاً لهم دراسات مطولة، وأبحاث متعمقة حول التشريع الإسلامي، ولكن القطيعة المعرفية بيننا وبينهم لا تزال صلبة لأنهم ينظرون إلى الإسلام بنظرة عدائية تحول دون فهم عقائده، والإلمام بمقاصد شريعته.

جـ ـ نشأة الموسوعات الفقهية:

وهي دعوة لم تبدأ في الخمسينيات ـ كما يظن البعض ـ بل لها جذورها منذ أوائل القرن العشرين، وصرّح بها المحامي الشرعي «السيد عفيفي» الذي كتب عام ١٩٣٨ مقالاً عن الفقه الإسلامي يدعو فيه شيخ الأزهر إلى إنشاء مجمع فقهي تكون من أهم أعماله إصدار دائرة معارف فقهية، وظلت الفكرة يتسع دعاتها حتى وجدت لها أذناً صاغية في كلية الشريعة بجامعة دمشق، فبدأت باتخاذ الخطوات التنفيذية لوضع دائرة معارف تجمع الفقه الإسلامي بمختلف آرائه ومذاهبه، وترتب على حروف المعجم كما ترتب موسوعات القانون، وقد صدر النظام القانوني لهذه الموسوعة بقرار جمهوري في ١٩٥٦/٥/٣، واتجهت مصر في أوائل الستينات إلى تكوين لجنة لموسوعة الفقه الإسلامي، بدأت أعمالها من خلال المجلس الأعلى للشئون الإسلامية واستطاعت أن تصدر حتى الآن

٢٣ جزءاً من الموسوعة، وما أنجز أكثر من ذلك، وكذلك الموسوعة الكويتية للفقه الإسلامي وقد صدر منها ٣٣ جزءاً وهي موسوعة ناضجة استفادت من التجارب السابقة عليها كثيراً، وواكبت هذه الحركة الموسوعية أعمال مساعدة لها تمثلت في إصدار فهارس لكتب أصولية وفقهية ومعاجم لبعض موسوعات الفقه، منها معجم فقه «ابن حزم» الذي أصدرته لجنة موسوعة الفقه الإسلامي بدمشق، وكذلك معجم كتاب «المغني» وفهارس لكتاب «المنهاج» و«مسلم الثبوت» وغير ذلك من الكتب التي أصدرتها لجنة الموسوعة الفقهية في الكويت. ولعل هذه الأعمال الكبيرة، تجد صداها في الواقع العملي، حتى ننتقل من فقه استنزاف الطاقة إلى فقه استئناف المسيرة.

الفصل الرابع

في الملكية[1]

جاء الإسلام والعالم تسوده أنظمة مختلفة للملكلية، فقد عرفت كل من «فارس» و«بيزنطة» المجتمعات الإقطاعية حيث ظهرت الملكيات الكبيرة بكل نتائجها المادية والاجتماعية، وهو ما ترك أثره في الحياة التر شهدتها هذه البلاد ومعها سوريا والعراق إبان الفتح الإسلامي. وكانت الملكية الدينية ـ وهي نوع من الأوقاف ـ قد انتشرت حتى في تلك البلاد التي عرفت الملكية الفردية كاليمن مثلاً، أما شبه الجزيرة العربية وهي مجتمع غير زراعي أصلاً فإن الملكية فيه قد نمت ببطء شديد، لم تكن تعرف من أسباب الملكية إلا القهر والغلبة، ثم الميراث الذي كان خاصاً بالرجال.

إن دراسة ملكية الأراضي في الإسلام لا ينبغي أن تنعزل داخل الكتابات الفقهية في مدونات المذاهب، بل لا بد من دراستها متحركة في التاريخ والواقع، حتى تظهر أحكام الأراضي الخراجية، والأراضي المملوكة، وحتى نفهم سياسة الرسول والخلفاء من بعده تجاه الأراضي الجديدة التي دخلت دار الإسلام. كيف تمت مصادرة الأراضي؟ كيف تم توزيع الأرض على المسلمين؟ لماذا أبقيت الأرض لأصحابها والتي أطلق عليها أراضي السواد؟ كيف تطورت ملكية الأراضي في البلاد الإسلامية ـ خاصة الملكية العقارية ـ في مصر والعراق وسوريا ولبنان، كل هذه أسئلة

---

(١) أوجزنا في دراسة الملكية لأنها موضوع دراسة مفصلة في كلية الحقوق في السنة الرابعة في مادة الحقوق العينية الأصلية.

ينبغي رصد إجاباتها من وثائق التاريخ ومعرفة أحكامها من سنة الرسول وأقوال الصحابة ومذاهب الفقهاء حتى لا تصاغ نظرية الملك في الإسلام بشكل تجريدي يشرح المتون ولا يفسر نظام الفقه الإسلامي إزاء حق الملكية.

والملكية صاحبت المجتمع منذ نشأته الأولى، فوجد الإنسان ووجدت الملكية معه لأن الاستئثار والاختصاص - وهما ركن الاستيلاء في الشيء المملوك - جبّلة في النفس الإنسانية، ووجدت الملكية في صورتها الجماعية للأدوات الصغيرة، والجماعية للأرض، حتى قال الهنود القدماء: «إن الأرض كالماء والهواء لا يمكن أن تباع».

وظلت الملكية تتطور من غريزة إلى نظام، ومن حاجة إلى حق، حتى وصلت ذروتها في الثورة الفرنسية، فاعتبرت الملكية حقاً مقدساً. ولم تتطور الملكية على هذا النحو في الإسلام، لأنها منذ البداية استخلاف، أي وظيفة اجتماعية بالدرجة الأولى، ولما جاءت بعض الحكومات وجعلت الأرض إقطاعاً للحاكم كما حدث في مصر في عصر محمد علي، كان البون شاسعاً بين ملكية من هذا النوع والملكية التي أباحها الشرع الإسلامي.

والملكية لغة مصدر صناعي من الملك، وشاع استعماله مكسور الميم ويقصد به التسلط والاستئثار بالأشياء مادية كانت أو معنوية فيقال سلط على الناس أي ملك أمرهم.

والملكية في المعنى الإسلامي لها أكثر من معنى.

فالله مالك كل شيء وهذه ملكية حقيقية تعني هيمنة الخالق على المخلوق.

وقد ترد على سيطرة الإنسان على نفسه كما جاءت في التعبير القرآني **﴿لا أملك إلا نفسي وأخي﴾**.

وأخيراً تأتي بالمعنى الفقهي الذي هو محل الدراسة، ولعل أفضل تعريف للملكية هو ما جاء به «الكمال بن الهمام» بأنها القدرة على التصرف

ابتداء إلا لمانع، وهو تعريف يكاد يقترب من نص المادة ٨٠٢ من القانون المدني المصري والتي تعرف الملكية بسلطات المالك: «لمالك الشي وحده في حدود القانون حق استعماله واستغلاله والتصرف فيه».

وسوف ينقسم هذا الفصل إلى مبحثين.

المبحث الأول: تنظير الملكية.

المبحث الثاني: بعض تطبيقات الملكية.

المبحث الأول

تنظير الملكية

الملك في الاصطلاح الفقهي «اختصاص حاجز شرعاً يباح معه التصرف إلا لمانع».

فكلمة حاجز ليست إلا تجسيداً للقاعدة الفقهية التي لا تجيز لأحد أن يتصرف في ملك الغير بلا إذنه، هذا هو الحكم أما الجزاء فيأتيّ في قاعدة فقهية أخرى هي أن الأمر بالتصرف في ملك الغير باطل. إلا أن هذا الاختصاص ليس على إطلاقه، ومنع التصرف في ملك الغير ليس دائماً، لأن القاعدة مقيدة بالإنسان البالغ العاقل الذي يملك التصرف، أما القاصر والمحجور عليه فلا قدرة له وإذنه غير معتبر، بل يتصرف الولي والوصي وتصرفهما منوط بالمصلحة.

وسوف ينقصم هذا المبحث إلى المطالب الآتية:

المطلب الأول: أسس الملكية.

المطلب الثاني: أقسام الملكية.

المطلب الثالث: أسباب الملكية.

المطلب الأول

أسس الملكية.

لفهم فكرة الملكية في الإسلام والأسس التي تقوم عليها لا بد من معرفة ما تقوم عليه من ناحية وموقف الإسلام من الملكية الجماعية والملكية الفردية من ناحية أخرى،

أولاً: أسس الملكية في الإسلام:

رؤية الإسلام للملكية ثلاثية الأبعاد، بعد يضعها في الإطار الكوني العام حيث الله مالك كل شيء، وبعد يربطها بالإنسان المخلوق فهو مستخلف في الأرض، وبعد ثالث يربطها بالفرد الذي يختص بعمله ثواباً وعقاباً.

١ ـ الله مالك كل شيء:

في النظرة الإسلامية الكونية الله مالك كل شيء، وبيده مقاليد السماء والأرض، والآيات في ذلك كثيرة منها.

﴿تبارك الذي له ملك السموات والأرض وما بينهما﴾.

﴿ولله ملك السموات والأرض وما فيهن﴾.

﴿ولله ملك السموات والأرض وما بينهما وإليه المصير﴾.

وهذه القيومية لله تربط بين تفاريق الكون وأجزائه، حيث يملكه إله واحد، وتجري عليه سنن الله التي لا ترد ولا تتبدل، وإذا كان الإنسان نفسه خاضع تماماً لإرادة الله الكونية فكذلك كل ما في الكون. وهذه الملكية العليا ـ إذا عرفها الإنسان بقلبه ـ تجعله أقل عتواً وأقرب إلى إعطاء حقوق الله فيما تحت يديه من مال، وما يملكه من ثروات. لأن المالك الأصلي هو الله.

٢ ـ الاستخلاف البشري:

الإنسان ليس هو المالك الأصيل، فليس له ديانة أن يفسد الأرض والنسل، وحرية تصرف في الملك مقيدة بالمصلحة، مصلحته هو ومصلحة الأمة، والعام يقدم على الخاص عند تنازع المصالح. والآيات في ذلك كثيرة منها:

﴿وهو الذي أنشأكم من الأرض واستعمركم فيها﴾.

﴿وهو الذي جعلكم خلائف الأرض﴾.

﴿آمنوا بالله ورسوله وأنفقوا مما جعلكم مستخلفين فيه﴾.

﴿هو الذي خلق لكم الأرض جميعاً﴾.

فالملكية بالنسبة للإنسان خلافة إجبارية، له يد على ما استخلف فيه، ولكنها يد الأمين الذي يرعى ويصون ما استودعه الله.

ونسبة الملك إلى الإنسان في الآيات القرآنية على سبيل المجاز لا الحقيقة فهو مستخلف مسؤول أمام الله ديانة وأمام ولي أمر المسلمين قضاء.

٣ ـ استئثار الفرد بجهده:

التملك غريزة لا بد من إشباعها، وطريق ذلك استئثار الإنسان بجهده حسماً للنزاع بين البشر، وإيقاظاً للهمم بالآمال وارتقاب الغد، لأن استئثار الإنسان بجهده، يدفع حركة العمل، ويطفىء نزعات الشر، فكان طبيعياً أن يستأثر الإنسان بجهده، كما يتحمل شرعياً مسؤولية عمله **﴿كل نفس بما كسبت رهينة﴾ ﴿وأن ليس للإنسان إلا ما سعى﴾.**

ولكن جهد الإنسان لا بد أن يصب مع الجهد العام فلا يناقضه ولا يضره، فلا يعتدي الإنسان على ملك غيره بقصد توسيع ملكه، ولا يتعسف في استعمال حق الملكية انتهاك لحرمات غيره.

ثانياً: موقف الإسلام من الملكية:

أقر الإسلام الملكية للفرد حتى يستأثر بثمار جهده كي يتحمل نتائج

عمله، فالملكية بنوعيها فردية وجماعية للإسلام موقف منها وله ضوابطه في إقرارها.

١ ـ الملكية الفردية:

على الرغم من أن المال من زينة الحيادة الدنيا، وأن الفرد له أن يملك ويستمتع بما يملك **﴿قل من حرم زينة الله التي أخرج لعباده والطيبات من الرزق﴾**، ولكن جهده ينبغي أن يتصل بالخالق شكراً للنعمة ورعاية للاستخلاف.

فالإسلام يحمي الحرية الفردية بالتحريم على العدوان عليها ديناً ﴿ألا إن أموالكم ودماءكم عليكم حرام﴾.

ويقولﷺ: «لا يحل لامرىء من مال أخيه إلا ما طابت به نفسه».

ويحمي الإسلام الملكية الفردية بالضمان التشريعي.

فالذي يعتدي على الملكية الخاصة عليه إثمان:

أ ـ إثم أخروي لأنه خالف النهي الديني.

ب ـ حساب دنيوي فهو ضامن فيما أخذ وأتلف، معاقب على ما سرق واختلس، قضاء.

وإقرار الإسلام للملكية الفردية كان حاجزاً دون تمكن الشيوعية من العالم الإسلامي سواء في البناء التشريعي أو في النسيج الاجتماعي.

٢ ـ الملكية الجماعية:

يقر الإسلام الملكية الجماعية، خاصة وأن نظرة الإسلام إلى الملك على أنه وظيفة، فهي توجب أحياناً الملك الفردي، وتستدعي في أحيان أخرى الملكية الجماعية، وتطبيق النظام فردياً أو جماعياً منوط بالمصلحة.

فلأن دور العبادة يحتاجها الكل، ولا ينبغي أن يسيطر عليها فريق دون فريق، قال تعالى: **﴿وأن المساجد لله فلا تدعوا مع الله أحداً﴾**.

فهي ملكية جماعية، لا يختص بها أحد ولو كان الخليفة أو الحاكم نفسه، وعن طرق ما يروى لإيضاح هذ المعنى أن الخليفة هارون الرشيد أوقع على زوجته يمين الطلاق بألا تبيت في ملكه، واضطرب أمر الخليفة فكيف تغادر الزوجة مُلكه الممتد في يوم ولم تكن وسائل المواصلات قد تقدمت ولا الطائرات قد عرفت، فأنقذه وعي الفقيه المسلم حيث أفتاه قاضي القضاة «أبو يوسف» أن تبيت الزوجة في المسجد، وليس هذا من الحيل الشرعية، ولكنه بصر عميق بالملكية الجماعية والملكية الفردية.

ولذلك يعتبر القرآن الثروات الطبيعية ملكية جماعية للأمة.

﴿والأرض بعد ذلك دحاها، أخرج منها ماءها ومرعاها، والجبال أرساها، متاعاً لكم ولأنعامكم﴾.

ويقول الرسول ﷺ: ـ «الناس شركاء في ثلاثة الماء والكلأ والنار».

المطلب الثاني

أقسام الملكية

للملكية صور مختلفة، ولها تقسيمات متعددة، وكل تقسيم له اعتبار.

أولاً: من حيث الخصوص والعموم:

تنقسم الملكية من حيث مالكها إلى خاصة وعامة.

١ ـ الملكية الخاصة:

وهو استئثار الشخص بما يحصل عليه، وبما يحوزه بجهده وعرقه ويترتب عليها ما يلي:

أ ـ لا يجوز لأحد أن ينتفع بمال مملوك لغيره إلا برضاه سواء كان ذلك عن طريق الشراء أو الإجارة أو الإعارة أو غير ذلك من صور التعامل.

ب ـ لا يجوز للحاكم أو القاضي بيع ملك الغير أو أخذه إلا برضاه، هذه هي القاعدة العامة أما في الحالات الاستثنائية فإن الضرورات تبيح المحظورات.

٢ ـ الملكية العامة:

وهي من المسائل التي يحتاجها كل الناس في المجتمع، ومثالها المرافق العامة من طرق ومواصلات وخدمات صحية وتعليمية وأمنية ودفاعية، والملكية العامة لهذه المرافق أمر استقرت عليه النظم في كافة الدول «ولا يجوز للإمام العادل تملك شيء من هذه المرافق أو تمليكها لغيره مواطناً كان أو أجنبياً.

ثانياً: من حيث محل الملكية:

فقد تردالملكيةعلى كل الشيء وتسمى ملكي العين أو الرقبة، وقد ترد على منافعه.

١ ـ ملكية العين أو الرقبة:

وهي التي ترد على ذات الشيء، سواء كان عقاراً أو منقولاً، ومثال العقار ملكية المنزل، والحديقة، والمزرعة، ومثال المنقول ملكية التلفاز، والكتاب، والأثاث.

وقد أثيرت بين الفقهاء مسألة ملكية العين، ولمن تكون حقيقة؟ وهذا فرع من تأسيسهم أن المالك الأصلي هو الله، فذهب بعض الفقهاء إلى أن ذات المملوك وماهيته لا تكون مملوكة لأحد من الخلق، لأن القدرة على التصرف لا تتجاوز المنافع، لتشمل جواهر الأشياء، والتصرف في الجواهر والذوات معناه الإحياء أو الإفناء وهذا لا يكون إلا لله.

وخير تعليق على هذا الاتجاه ما قاله «الشيخ أبو زهرة»: ليست ثمة حاجة إلى هذه الفلسفة، لأن هذا كله أمور فرضية اعتبارية لا جدوى من الخلاف حولها، وسواء انصبت الملكية على الأعيان أو لا فالذي أمامنا هي الإنسان المالك للتصرف وهذا يكفي لاعتبار قيام الملكية في الواقع العملي.

٢ ـ ملكية المنفعة:

وهي أن يملك الإنسان منافع الشيء المملوك لا أصله، وله هو أن ينتفع بنفسه وأن يمكن غيره من الانتفاع بعوض أو بغير عوض.

ولملكية المنفعة عدة أسباب:

أ ـ الإجارة: وهي عقد يفيد تملك المنافع بعوض، فللمستأجر حق تملك بالمنفعة بالإجارة، وله أن يملكها لغيره بعوض أو بغير عوض.

ب ـ الإعارة: وهي عقد يفيد تمليك المنفعة بغير عوض، وهي تجعل للمستعير حق تملك المنفعة عند أكثر الحنفية، فللمستعير أن ينتفع بنفسه، وله أن يعير هذه المنفعة ما دام الانتفاع لا يختلف باختلاف المنتفعين ولم يمنعه المعير من ذلك، وليس للمستعير أن يؤجر العين المعارة لما بين الإجارة والإعارة من المنافاة في المعنى، لأن الإجارة معاوضة، والإعارة تبرع.

جـ ـ **الوصية والوقف**: وهما يجعلان للموقوف عليه أو الموصى له حق تملك ما أعطى لهما من المنافع من الوقف والوصية. ولكن تنفيذ الوصايا والأوقاف مرهون بشروط الواقف والموصي، لأنهم قالوا إن شرط الواقف كشرط الشارع وتنتهي ملكية المنفعة بأحد الأسباب الآتية:

أ ـ موت المنتفع لأن المنفعة لا تورث.

ب ـ موت مالك العين إذا كان تملك المنفعة بغير عوض كالإعارة.

جـ ـ انتهاء المدة المحددة للمنفعة كما في حالة الإجارة.

د ـ هلاك العين المنتفع بها دون تعد أو تقصير.

وملك المنفعة يستفاد من ملك الرقبة، ولمالك العين أن يقيد مالك المنفعة بالزمان أو المكان أو وجوه الانتفاع، فالمنفعة موقوتة وملك العين دائم، ولهذا فإن من خواص ملك المنفعة أن تنتهي بوفاة المنتع فهي لا تورث عند الحنفية، بخلاف ملك الرقبة فإنها تنتقل إلى الوارث بالخلافة التي هي سبب من أسباب الملكية.

٣ ـ ملكية الحقوق:

وهي تقصر الانتفاع الشخصي على مالك الحق لهُ أن ينتفع به لنفسه فقط، وليس له تملك المنفعة لغيره بعوض أو بغير عوض، وينشأ حق الانتفاع عن أحد أمرين:

الأول: أن تكون الأعيان المنتفع بها مخصصة لمنفعة عامة وذلك كالطرق العامة، والقناطر والجسور، أو تكون منافع هذه الأعيان مخصصة لمنفعة فريق من الناس كالأوقاف على الفقراء والملاجيء وغير ذلك، فكل ما يتعلق بهذه الأعيان من الجقوق يعتبر سن قبيل حق الانتفاع لا من قبيل ملك الانتفاع.

الثاني: الإباحة: ذلك أنها تعطي لصاحبها حق الانتفاع ولا تعطيه ملك المنفعة، فلا يملك نقلهما بغيره، فمن استعار سيارة له أن يركبها وليس له السماح لغيره بالركوب فيها دون إذن مالكها، ومن دعي إلى وليمة ليس له أن يرسل غيره مكانه.

والأحناف لهم رأي في منافع الأعيان فهي عندهم لا تعد أموالاً، لأنها أعراض لا بقاء لها وهي تتجدد بتجدد أوقاتها فلا يمكن حيازتها وبالتالي تمتنع ملكيتها، وذهب الفقهاء الثلاثة، مالك وأحمد والشافعي، إلى أن المنافع تملك لأنه يمكن حيازتها بحيازة أصلها: ولهذا فهي من الأموال عندهم.

ثالثاً: من حيث سلطة المالك:

تنقسم الملكية من حيث سلطة المالك وشمولها إلى ملكية تامة وملكية ناقصة.

١ ـ الملكية التامة:

وتشمل ذات الشيء ومنافعه، أي تستوعب ملكية العين ومليكة المنفعة، والملك التام يعطي لصاحبه حق التصرف في الشيء المملوك بجميع أنواعه، فله أن يتصرف فيه بالبيع، والرهن، والإجارة، والوصية. . . الخ أي له حق التصرف بإطلاق، ولم يقيد تصرف بزمان، ولم يخصص بمكان، ولا يوقفه إلا قيد إسلامي عام هو ألا يكون التصرف محظوراً بأصله أو بطريقته.

ومثال المحظور بالأصل بيع المخدرات، ومثال المحظور بالطريقة إتلاف الملك بالتبذير والسفه، وهذه من أسباب الحجر على المالك.

٢ ـ الملكية الناقصة:

وهي التي تنصب على ملك العين فقط أو ملك المنفعة فقط، فمن ملك العين وحدها كان ملكه ناقصاً، ومن ملك المنفعة وحدها كان ملكه ناقصاً.

فالملكية الناقصة لها صورتان:

الأولى: ملكية المنفعة وحدها:

ولا خلاف بين الفقهاء في هذه الصورة يقول «ابن رجب» في قواعده: «ملك المنفعة بدون عين ثابت بالاتفاق».

ولملكية المنفعة وحدها صورتان أيضاً.

أ ـ الملكية المؤبدة للمنفعة: وتتصور فيما يلي:

- الوصية بالمنافع لشخص وبالعين لشخص آخر، فإذا صرح الموصي بدوام المنفعة للموصى له فلا تعود المنفعة إلى مالك العين ما دام مالك المنفعة على قيد الحياة.
- وفي حالة الوقف إذا الموقوف عليه يملك المنفعة مؤبدة حسب ما ينص عليه الواقف، ولا أحد يملك العين.
- الأرض الخراجية: وهي المنتفع به من قبل من هم تحت يده بالخراج، فهو مالك لمنافعها على التأبيد.

ب ـ الملكية المؤقتة للمنفعة:

وصورتها في العقود العادية كعقود العارية، والإعارة وغيرها، فالملكية في الإجارة مؤقتة حتى تنتهي الإجازة وملكية المنفعة في الإعارة مؤقتة حتى يرد المستعير ما عنده.

الصورة الثانية: ملكية العين فقط:

وهي أن يملك العين دون المنافع، وهذه الصورة كما يقول الشيخ «أبو زهرة»، لا تثبت إلا في صورتين كلتاهما في الوصية، ومثالها أن يوصي المالك بمنافع داره لشخص معين، ويحرم الورثة منها، فتنتقل لهم ملكية العين مجردة من المنافع.

رابعاً: من حيث التحديد:

تنقسم الملكية من حيث تحديدها وإفرازها إلى ملكية على الشيوع، وملكية مفرزة.

١ ـ الملكية المفرزة:

وهي التي تنصب على شيء متميز له حدود فاصلة، وقواعد فارقة عن غيرها، وهي في العقار مثل ملكية البيت لشخص واحد، وفي المنقول مثل ملكية الإنسان للثوب أو القلم.

٢ ـ ملكية الشيوع:

حيث يشترك إثنان أو أكثر في امتلاك شيء، عقاراً كان أو مملوكاً، كملكية نصف دار، أو الاشتراك في سيارة أجره.

والمشاع نوعان:

أ ـ نوع يقبل القسمة: كالحصة في الأراضي الزراعية، أو الدار التي لها أكثر من شقة، وكون الملكية قابلة للقسمة، تعني أن اقتسامها لا يفقدها الاستعمال العادي الذي خصصت من أجله. وإن كانت تقبل القسمة لغير ذلك.

ب ـ مشاع لا يقبل القسمة: ومثاله الثوب، والسيارة، فالثوب لو اقتسم ما عاد ثوباً لمالكيه، والسيارة لو اقتسمت لما عادت سيارة حتى لو بيعت كقطع غيار.

المطلب الثالث

أسباب الملكية

السبب في عرف الأصوليين هو «وصف ظاهر منضبط جعله الشارع علامة على وجود حكم بحيث يوجد الحكم بوجوده وينتفي بانتفائه».

وأسباب العقود تختلف باعتبارات متعددة:

١ ـ فهي تنقسم باعتبار الإرادة إلى نوعين:

أ ـ **أسباب اختيارية**: وهي التي تباشر فيها الإرادة دوراً بالسلب أو الإيجاب، كالعقود والشفعة، والاستيلاء على المباح.

ب ـ **أسباب قهرية**: وهي التي يجبر الإنسان فيها على ملك، فلا يعتد بإرادته، ولا يؤخذ بقبوله ورفضه، ومثال ذلك الميراث.

وتنقسم باعتبار أوليتها إلى نوعين:

أ ـ أسباب منشئة للملكية:

وهي التي تثبت لأول مرة، ومثاله الاستيلاء على المباح، والحصول على الغنائم.

ب ـ أسباب ناقلة للملكية:

وهي التي يتم فيها تداول الأموال والثروات، ومثالها العقود بكافة صورها سواء كانت عقود معاوضة أو عقود تبرع.

وتنقسم باعتبار هيئتها إلى نوعين:

أ ـ **أسباب فعلية**: وهي التي تتحقق نتيجة عمل يقوم به الفرد، وسلوك يمارسه، ومثالها أخذ اللقطة وإحياء الموات، والاستيلاء عل المباح. ولأن الأسباب الفعلية فعل فإنها تصح من عديم الأهلية وناقصها،

فلو استولى الصغير والمجنون والمحجور عليه على مباح ملكه بفعل الاستيلاء رغم نقصان أهليته أو انعدامها.

ب ـ أسباب قوليه:

وهي التي تنشىء الأثر باللفظ من المكلف، ولهذا اشترط فيها الأهلية ومثالها العقود والإيقاعات وتكبيرة الإحرام للدخول في الصلاة.

وقد حاول بعض الفقهاء القول بأن الأسباب الفعلية أقوى من القولية، وقال آخرون بالعكس، ولا جدوى من هذا الخلاف لأن هذه الأسباب في حقيقتها من مرتبة واحدة.

والقانون المدني جعل أسباب الملكية سبعة هي:

١ ـ الاستيلاء على مال ليس له مالك.

٢ ـ الميراث وتصفية التركة.

٣ ـ الوصية اختيارية كانت أو واجبة.

٤ ـ الالتصاق سواء كان بفعل الطبيعة أو بفعل الإنسان.

٥ ـ العقد وكافة صور العقود سواء في ذلك.

٦ ـ الشفعة: وهي حق تملك العقار جبراً على مشتريه بما قام عليه من الثمن.

٧ ـ الحيازة: وهي وضع اليد على مال مملوك للغير وتقادم العهد عليه وهذه الأسباب في جملتها لا تختلف كثيراً عن أسباب الملكية في الشريعة، إلا في الالتصاق الذي لم يعرض له الفقهاء في هذا الموضوع، والتقادم الذي لا تجعله الشريعة من أسباب الملكية، وإن منعوا به سماع دعوى الملكية.

وقد نصت المادة ١٢٤٨ من مجلة الأحكام العدلية على أسباب الملك بقولها «أسباب التملك ثلاثة: الأول الناقل للملك من مالك إلى آخر كالهبة والبيع، والثاني أن يخلف واحد آخر كالإرث، والثالث إحراز شيء مباح لا مالك له.

ويمكن القول بعد التأمل أن أسباب الملكية في الإسلام على النحو التالي:

أولاً: الاستيلاء على المباح:

وهو أحد الأسباب المنشئة للملكية، فالملك يثبت بالاستيلاء، ولا يكون إلا على مباح أي لا مالك له، إذ المملوك لا يملك لأن اجتماع الملكين في محل واحد لا يتصور.

والفقهاء متفقون على أن الاستيلاء على المباح سبيلٍ من أسباب الملكية، وتدخل فيه الغنائم لأن أموال الحربيين تعتبر مالاً مباحاً. ولا تعتبر اللقطة من المال المباح، فمن ضاع منه كتابه أو حافظة نقوده أو سيارته، واستولى عليها شخص لا يعتبر هذا الاستيلاء سبباً منشأ للملكية، لأن ضياع الشيء لا يسقط ملكيته، ويرى الأحناف أن اللقطة لا تصبح مالاً مباحاً أبداً بل تظل على ملك صاحبها، ويد الملتقط عليها يد أمانة، ويرى المالكية والشافعية والحنابلة، إنه بعد التعريف بها والإعلان عنها المدة الباقية، تنقلب حيازتها من أمانة إلى ملك لأنها تصبح مالاً مباحاً يملك بالاستيلاء.

ثانياً: العقود الناقلة للملكية:

إذا كان الاستيلاء على المباح من أسباب الملكية الفعلية، فإن العقود الناقلة للملكية هو صورة الأسباب القولية للملكية ويستوي في سببية الملك عقود المعاوضات وعقود التبرعات فكلها ناقلة للملكية، ويقوم على أساسها تداول الثروات وتبادل الأموال في الحياة، فهي أهم أسباب الملكية، وأكثرها انتشاراً في حياة الإنسان اليومية.

ولأن العقود كلها تصرفات قولية فيشترط فيها الأهلية والاختيار، وفي بعض الأحيان ينقل الملكية دون توافر الاختيار، ومثال ذلك بيع القاضي مال المدين بدين مستغرق ـ لدى بعض الفقهاء ـ جبراً عنه وفاء لحق الدائنين، ويقرب من هذا ملكية الشفيع للعقار المبيع جبراً عن مشتريه.

كما يقول بحق د. أحمد فراج[1] ـ فإن العقد هنا هو سبب للملك ولو كان إجبارياً كما في الشفعة، فللشفيع أن يتملك العقار المبيع جبراً على مشتريه بما قام عليه من الثمن والكلفة، وكما في بيع مال المدين جبراً عليه وفاءً لمديونيته بمعرفة القضاء، وكما في نزع الملك جبراً عن صاحبه للمصلحة العامة، بعد تعويضه عنه بالمعروف تعويضاً عادلاً، يؤيد ذلك ما فعله عمر وعثمان رضي الله عنهما دون إنكار من الصحابة عليهما، حين ضاق المسجد الحرام في عهدهما، فقد أراد شراء ما يحيط به من الدور لإدخاله في المسجد، فأبى عليهما بعض أصحابهما لحاجتهم إليها، فأخذاه جبراً عنهم بقيمته، تقديراً للمصلحة العامة، وإيثاراً لها على غيرها.

وفي جميع الأحوال يشترط أن يكون المال الذي ورد عليه العقد مملوكاً من قبل، فالمال المباح لا يكون محلاً للعقود، كما أن المال المعقود لا يكون محلاً لملكيته بالاستيلاء.

ثالثاً: الميراث أو الخلافة:

ويقصد بها خلافة الوارث لمورثه الميت، وقد اتفق القانون مع الشريعة في جعله من أسباب الإرث، واتسع نطاقه عند البعض ليشمل الوصية والتضمين، والإرث خلافة إجبارية، وهي لا تستند إلى جهد شخص، أو عمل معين، أو اتفاق سابق، ولا تحتاج إلى ثبوت للأشخاص الأهلية ناقصة كانت أو تامة، فعديم الأهلية يرث بل يرث الجنين ويتحدد نصيبه بعد مولده حياً.

والميراث سبب إجباري للملكية والوارث:

١ ـ فالمورث لا يحل له أن يحرم وارثيه من الميراث، ويرد عليه قصده إذا طلق امرأته بائناً في مرض الموت، فيورثها الفقهاء منه معاملة له بعكس مقصوده.

---

(١) العرايا للنخل وقد رخص الشارع في بيع ما عليها من الرطب بالتمر دفعاً لحاجة المحتاجين.

(٢) د. أحمد فراج: الملكية ونظرية العقد بيروت ١٩٨٦ ص٣٥ ـ ٣٦.

ـ والوارث ليس له أن يرفض التركة، وليس له خيار في قبولها، ولا يد له في إثباتها، فلو قتل مورثه عمداً قصد الميراث، حجب عنه الإرث، لأن القتل العمد مانع من الميراث، تطبيقاً لقاعدة عامة، من استعجل الشيء قبل أوانه عوقب بحرمانه.

ويكاد الإرث ـ ويضيف إليه الشيخ «أبو زهرة» الوصية للجنين ـ يكاد يكون هو السبب الإجباري الوحيد للملك في الشريعة الإسلامية. والميراث سبب اعتباري للملك لا دخل لأحد فيه، فيثبت للصغير والكبير والمميز وغير المميز،

رابعاً: الشفعة:

الشفعة في القانون من أسباب الملكية بلا خلاف، أما في الشريعة فمن الفقهاء من يجعله سبباً للملك، ومنهم من يرجعه إلى العقود، وهذا الخلاف كما يقول العلامة محمد مصطفى شلبي ـ راجع إلى الخلاف في الشيء المثبت للملك في الشفعة.

أهو طلب الشفيع؟ أم التراضي بين الشفيع والمالك الجديد؟ أو القضاء عند إبائه التسليم للشفيع بحقه؟ وانقسم الفقهاء في إجابة هذه الأسئلة إلى فريقين:

١ ـ **الأول**: الأحناف، ويرونه أن ملك الشفيع لا يثبت بمجرد الطلب بل يثبت بأحد أمرين:

أ ـ التراضي بين الشفيع والمالك الجديد على ذلك، وهو عقد جديد غير العقد الأول.

ب ـ قضاء القاضي عند إباء المشتري وعدم تسليمه بحق الشفيع، وهو بمثابة عقد ينوب فيه القاضي عن الممتنع، وعلى هذا لا تكون الشفعة عند الأحناف سبباً رابعا للملك، بل تكون داخلة في العقود أي في الأسباب الناقلة للملكية.

٢ ـ **الثاني**: وهو رأي الأئمة الثلاثة، «مالك» و«أحمد» و«الشافعي»

وهم يذهبون إلى أن الملك للشفيع يثبت بطلبه لذلك الحق ـ على خلاف بينهم في اشتراط دفع الثمن ـ وهذا الطلب ليس استيلاء ولا عقداً ولا إرثاً، وعليه تكون الشفعة عندهم سبباً رابعاً من أسباب الملكية.

المبحث الثاني

بعض تطبيقات الملكية

الاستيلاء على المباح، والعقود الناقلة للملكية، والإرث، والشفعة هي أسباب الملكية سواء كانت منشئة أو ناقلة، فعلية أو قولية.

وقد تناول الفقهاء الأحكام الفقهية لهذه الأسباب، فالميراث له علم خاص هو علم الفرائض، والعقود الناقلة للملكية تستوعب المعاملات الشرعية، وقد كتب فيها الفقهاء كثيراً سواء في نظرية العقد أو في شرح أحكام المعاملات، وسينصرف جهدنا في هذا المبحث إلى موضوعين هما الاستيلاء على المباح، وحقوق الارتفاق. ونقدم لهذا بأمرين هما:

أولاً: ما هو المال:

المال في قواميس اللغة هو ما يملكه الإنسان من كل شيء فيشمل النقود والعقارات والمنقولات والإمتعة، ولكنه لا يشمل السمك في الماء، ولا الطير في الهواء.

والمال في عرف الفقهاء هو كل ما يمكن إحرازه وحيازته والانتفاع به، فكل شيء لا يمكن إحرازه لا يعد مالاً، كما أنه كل شيء يمكن حيازته ولا ينتفع به لا يعد مالاً، وقد اختلف الفقهاء الأربعة حول منافع الأشياء هل تعتبر مالاً؟

١ ـ يرى الأحناف أن المنافع باعتبارها أشياء متجددة لا بقاء لها في محلها لا تعد مالاً، إذ المنافع أمور معنوية تفنى بالاستخدام، ولا وجود لها قبل الانتفاع، ولا تكون أموالاً، لأن الأعراض التي لا تبقى لا يمكن حيازتها، والذي لا يمكن حيازته لا يسمى مالاً حتى ولو أمكن الانتفاع به.

٢ ـ ويرى الشافعية أن المنافع تحاز ولكن ليس مباشرة وإنما بحيازة

الأعيان القائمة لا المنافع، ويمكن حيازة الأعراض بحيازة جواهرها، إذ أن من ملك منزل أمكن له أن يستولي على منفعته بالسكن فيه أو تأجيره، والدليل على أن الشارع اعتبر المنافع تحاز أنه جعلها محلاً للمعاوضات التجارية، فجعل الشخص يؤجر منزلاً أو سيارة أو مكتباً، بل كانت هذه المنافع محلاً للمعاوضة في أمور أخرى، كوقف منافع الدار، فدل ذلك على اعتبارها من الأعيان.

وما ذهب إليه الشافعي يتفق مع واقع الناس، وما عليه أعرافهم ومعاملاتهم فالمستأجِر يحصل على منفعة الإجارة بحيازة المكان المستأجر، والمستعير يحصل على منفعة الإعارة بحيازة الكتاب المستعار. . . الخ.

ثانياً: أقسام المال:

ينقسم المال باعتبارات متعددة إلى الأقسام التالية:

١ ـ ينقسم المال إلى مثلي وقيمي:

ـ المال المثلي، وينقسم إلى ثلاثة أنواع:

أ ـ **المكيلات**: وهي الأموال التي اعتاد النآس بيعها بالكيل كالقمح والذرة.

ب ـ **الموزونات**: وهي التي اعتاد الناس بيعها بالوزن كالذهب والفضة.

جـ ـ الأنواع التي اعتاد الناس بيعها بالعد لتقاربها آحادمها كالبيض والليمون بغيره.

والذي نراه أن هذا التقسيم يرتبط بعصره وأن المكيل قد يكون موزوناً كما يحدث الآن في زماننا عند بيع القمح والذرة.

وعلى العموم يعتبر المال مثلي إذا وجد التماثل بين آحاده ووجد له نظير في الأسواق.

المال القيمي: وهو الذي تتفاوت آحاده تفاوتاً يعتد به وأيضاً هو الأنواع التي لا تتفاوت آحادها ولكن لا يوجد له نظير في الأسواق.

٢ ـ وينقسم المال إلى متقوم وغير متقوم:

المال المتقوم: هو المال الذي جعل له الشارع حرمة وحماية فكأنه له قيمة في نظر الشريعة. ولا يكون كذلك إلا إذا كان محرزاً وفي حيازة صاحبه ويجوز الانتفاع به، وينفرد المال المتقوم بالأحكام التالية.

أ ـ المال المتقوم مضمون، فمن تعدى عليه ضمنه.

ب ـ المال المتقوم يصلح محلاً للمعاملات المالية.

المال غير المتقوم: وهو المال غير المحرز والمال الذي لا يجوز الانتفاع به، وتسري عليه الأحكام التالية.

أ ـ المال غير متقوم غير مضمون: فالمسلم الذي يقتل خنزيراً عند مسلم لا ضمان عليه، والمسلم الذي يريق خمراً لمسلم لا ضمان عليه، لأن الخنزير والخمر من المال غير المتقوم عند المسلم.

ب ـ المال غير المتقوم لا يصلح أن يكون محلاً للمعاوضات المالية، فإذا كان الخمر محلاً للبيع بين مسلمين فالعقد باطل، وكذلك بيع الميتة ولحم الخنزير بين المسلمين، فالمال غير المتقوم لا تقوم به العقود عند المسلمين.

٣ ـ وينقسم المال إلى عقار وإلى منقول:

١ ـ العقار هو ما لا يمكن تحويل ونقله من مكان إلى آخر دون تغير هيئته، كالأرض، والمباني.

٢ ـ المنقول هو ما يمكن نقله وتحويله من مكان إلى آخر ويبقى على هيئته وصورته.

وجميع الأموال ـ عدا الأرض ـ من المنقولات. ولكل من العقار والمنقول أحكام خاصة مثال ذلك، لا شفعة في المنقول، وترد الشفعة على العقار.

وينقسم هذا المبحث إلى مطلبين:

المطلب الأول: الاستيلاء على المباح.

المطلب الثاني: حقوق الارتفاق.

المطلب الأول

الاستيلاء على المباح

المباح هو المال الذي لا مالك له، وقد يكون أرضاً تحتاج إلى إحياء، أو صيد يحتاج إلى حيازة، وقد يكون في باطن الأرض كالكنوز والمعادن. وقد يكون فوقها كالأرض الصحراوية، والواحات المجهولة. والمال المباح قد يكون عقاراً كالأرض أو منقولاً كالعبد.

أولاً: إحياء الموات:

وهو إحياء الأرض وليس لأي شيء آخر، والأرض الموات هي التي لم يتعلق به حق أحد من الناس بملك أو منفعة، ولا ينتفع بها إما لصحراويتها، أو بعدها عن الحياة والعمران، أو عدم وصول الماء إليها، أو غلبة الماء عليها.

١ ـ شروط الأرض الموات:

ليست كل أرض لا يعرف لها مالك أو صاحب تكون مواتاً وإنما الأرض الموات لها شروط بغير توافرها لا يجوز لأحد أن يتملكها بالإحياء وهذه الشروط هي:

أ ـ ألا تكون مملوكة لأحدٍ لأن الملك والاستيلاء لا يجتمعان، ومجرد الترك لا يعني سقوط الملك، بل الأرض المتروكة على ملك صاحبها، سواء انتفع بها أو لا، وتورث عنه، وتشتري منها. فلا تترتب الإباحة على الترك، ولا يقوم الإحياء بالاستيلاء على المملوك.

ب ـ ألا تكون منتفعاً بها، فالأرض التي عليها حقوق الارتفاق ليست أرضاً مباحة، بل تظل لأصحاب الحقوق عليها، فلا يسقط الارتفاق، ولا تملك بالاستيلاء.

ج ـ أن تكون بعيدة عن العمران: وهذا ما اشترطه «أبو يوسف» و«أحمد بن حنبل» ولكن الرأي الراجح عند الأحناف هو رأي «محمد بن حسن» ووافقه الشافعي، وخلاصته أن الأرض الموات التي لا ينتفع الناس بها تملك بالأحياء حتى لو كانت قريبة من العمران، وما قاله «أبو يوسف» هو ما نرجحه لأن الأرض القريبة من العمران، أشبه بأن تكون ارتفاقاً للعمران اللصيق بها، ولا يقوم الإحياء والارتفاق.

د ـ إذن الإمام: يشترط «أبو حنيفة» إذن الإمام في الأرض التي تملك بالإحياء، لأنها أرض المسلمين جميعاً، فلا يختص بها أحد دون إذن ولي الأمر. وذهب «أبو يوسف» و«محمد» ومعهم الأئمة الثلاثة «مالك» و«الشافعي» و«أحمد» إلى أن من أحيا أرضاً فهي له، لأن حديث رسول الله لم يشترط الإذن، فيجوز الإحياء، أذن الإمام أو لم يأذن.

ورأي «أبو حنيفة» هو الأنسب لزماننا[1]، وقد جرى عليه المشرع المصري في تشريعات الأراضي الصحراوية التي يتم تملكها باستصلاحها للزراعة. ولا يكفي وضع اليد للقول بالحيازة والاستيلاء، لأن وضع اليد ـ أي التقادم ـ ليس في ذاته من أسباب كسب الملكية في الإسلام، لأن إذن الإمام يقدم المصلحة على الرغبة الشخصية، ويمنع فوضى التزاحم والاقتتال.

٢ ـ الإحياء المطلوب:

ليس الإحياء مجرد حيازة الشيء، فإحياء الأرض يكون بتهيئتها للزراعة والبناء، فالإحياء لإعمار لا التسوير، الانتفاع لا التحجير. فالإمام يأذن لأي أحد بأن يحوز الأرض الموات، ولكنها لا تكون ملكاً لمن أخذها إلا بتعميرها في مدى لا يزيد على ثلاث سنوات، فإذا اكتفى بحيازتها، وإحاطتها بسور يمنع الناس عنها، وهو ما يسمى «التحجير» فلا يثبت بذلك

---

(١) يرجح أستاذنا العلامة محمد مصطفى شلبي عدم ضرورة الإذن لأن حديث من أحيا أرضاً مواتاً فهي له جاء مطلقاً فلا يعتبر بغير دليل.
انظر: المدخل في الفقه الإسلامي: بيروت ١٩٨٥، ص٣٨٦.

إحياء، وللإمام أخذها منه بعد مرور السنوات الثلاث، ويعطيها لغيره يجاهد في إصلاحها وتعميرها لقول عمر رضي الله عنه: «ليس لمحتجر بعد ثلاث سنين حق» لأن مرور السنوات الثلاث إما أن تثبت حقه بالإحياء، أو تفقده حقه بإرجاء الانتفاع، فتؤخذ الأرض جبراً عنه وتعطى لغيره، حتى لا يمسكها عن الناس بالتحجير، وعن الانتفاع بها بعدم الإحياء.

٣ ـ **وضع اليد**[١]: وضع اليد بذاته ليس سبباً من أسباب الملكية في الإسلام لقوله ﷺ: «لا يبطل حق امرىء مسلم وإن قدم».

فالتقادم في الشريعة ـ على خلاف القانون ـ لا تثبت به الملكية، وتبقى ملكية المرء ثابتة له لا تسقط إلا بسبب من أسباب نقل الملكية وتداولها. والتي ليس من بينها وضع اليد على ملك الغير، والأصل أن لكل إنسان أن يطالب بحقه الذي له عند غيره، وأن تسمع دعواه بهذا الحق إلا في حالتين:

الأولى: أن يكون الظاهر من تصرفات المدَّعي مكذب لحاله، وذلك كما إذا استأجر أو استوهب العين الذي يدعي ملكيتها ممن هي في يده، وكما إذا باعها واضع اليد عليها والمدعي حاضر يشاهد تصرف المشتري فيها تصرف الملاك في أملاكهم ولا يحرك ساكناً، فسكوته شاهد على كذبه، ودليل على أنه غير مالك لما يدَّعيه فلا تسمع دعواه.

الثانية: أن يترك المدعي دعواه مدة طويلة، والمدة الطويلة عند أكثر الفقهاء هي ثلاث وثلاثون عاماً بالنسبة لدعوى الإرث ودعوى الوقف، وخمس عشرة سنة فيما عداها من بقية الحقوق، ولو تعاقب وضع اليد فإن مجموع المدد يعتبر مدة واحد.

وتبتدىء المدة المعتبرة في وضع اليد من وقت وجود المقتضى، أو ما يقتضي إقامة الدعوى بظهور المالك واضع اليد بمظهر المالك الحقيقي للعين.

---

(١) عبد الفتاح البانوبي. محاضرات في الشريعة الإسلامية: ١٩٤٤ ص٣٠.

وانتفاء المانع بألا يكون المدعي غائباً أو صبياً أو مجنوناً، وألا يكون المدعى عليه صاحب شوكة يخشى بأسه.

ثانياً: الاستيلاء على الركاز:

الركاز في الاستعمال الفقهي ـ على خلاف بين المذاهب ـ هو ما يحويه باطن الأرض من معادن وثروات طبيعية، وما خبيء فيها من كنوز، فالمعادن جزء من الأرض، والكنوز طارىء مودع وليست جزءاً من الأرض.

١ ـ حكم المعادن:

المعادن وهي ثروات الطبيعة في باطن الأرض، لم يودعها أحد ولم يساهم فيها فاعل، وإنما هي السنن الطبيعية العاملة تحت القشرة الأرضية، والمعادن سواء كانت سائلة كالبترول والزيوت، أو صلبة كحقول المرجان وجبال الياقوت والذهب، وهذه كلها صور للمعادن اختلف الفقهاء في حكمها.

أ ـ فيرى المالكية أن المعادن ليست مالاً مباحاً حتى تملك بالاستيلاء، وإنما هي مملوكة في مناجمها للمسلمين علموا بها أو لم يعلموا، وللإمام أن يتصرف فيها وتصرفه منوط بمصلحة المسلمين، مقيد في حدود الإجارة والإعارة، ولكن ليس له تمليكها لأحد وإخراجها من ملكية المسلمين العامة. ويستوي في ذلك الأرض المملوكة لأحد، والأرض التي لا مالك لها.

ب ـ ويرى الأحناف والشافعية أن المعادن التي في باطن الأرض، إذا كانت في أرض مملوكة فهي لمالكها، وإذا كانت في أرض لا مالك لها كانت مباحة تملك بالحيازة والاستيلاء.

ورأي المالكية هو الأرجح ليوم الناس هذا، لأن مجموع الأمة أولى بهذه الثروات من الأفراد، ولأن الله سخر للإنسان مجموع ما في الأرض جميعاً ما في باطنها، ما هو فوقها، لم يقصد تسخيرها لواحد بعينه أو مجموعة بأعيانها.

٢ ـ حكم الكنوز:

الكنز نوعان:

أ ـ كنز جاهلي: أي علم أنه مدفون من عصر ما قبل الإسلام، وهذا يأخذ حكم الغنائم، ويقسم قسمتها، فالخمس فيه لبيت المال، والأربعة أخماس الأخرى تكون لمن وجده سواء في أرض مباحة أو أرض مملوكة له بالإحياء.

فإن وجده في أرض مملوكة لغيره فإن خمسه يكون لبيت المال، والباقي يكون لأول من ملك الأرض زمان الفتح الإسلامي، فإن لم يكن موجوداً فإن الأربعة أخماس تعطى لورثته ثم لورثته وهكذا طبقة بعد طبقة.

فإن لم يعرف لها مالك عند الفتح، قال بعض الفقهاء إن الكنز يكون لبيت المال، وقال بعضهم أن أربعة أخماسه تعطى لأقصى مالك يعرف لتلك الأرض، ويعتبر أول مالك لها، والكنز لا تنتقل ملكيته ببيع الأرض الموجود فيها أو بهبتها، فلا يكون بالبيع ملكاً للمشتري، ولا بالهبة ملكاً للموهوب له، وإنما يبقى على ملك البائع أو الواهب، ذلك لأنه ليس جزءاً من الأرض ولا تابعاً لها، وإنما هو شيء منفصل عنها ومودع فيها.

ب ـ كنز إسلامي: والكنز الإسلامي هو الذي توجد به علامات تدل على أنه دفن في الأرض وأودع فيها من العصر الإسلامي، من ذلك نوع العملة، وطبيعة الورق، وصناعة السبائك إلى غير ذلك من الأدلة التي يستخدمها الأثريون في تحديد عصور هذه الودائع.

وحكم هذا الكنز أن يكون مملوكاً لصاحبه ملكاً محترماً، ولا يكون من الأموال المباحة، ولا يملك بالاستيلاء، وإنما يأخذ حكم اللقطة في الفقه الإسلامي.

ثالثاً: الصيد:

الصيد تطلق على ما يصطاد، سواء كان صيد البحر كالأسماك، وصيد البر كالغزلان، وصيد الجو كالطيور، فما يغوص في البحر، ويجوب في

الخلاء، ويحلق في الفضاء من الأموال المباحة التي يجوز تملكها بالاستيلاء، ولا تخرج من ملك من حازها إلا بأسباب نقل الملكية وتداولها.

وقد أحل الله الصيد لعباده إلا في حالتين:

الأولى: أن يكون الصائد محرماً.

الثانية: أن يكون الصيد في الحرم.

فعدا هاتين الحالتين كل صيد مباح، سواء كان صيد البحر أو الجو أو البر، وتثبت الملكية بالاستيلاء، سواء كان الاستيلاء حقيقياً كما إذا أمسك الصائد الحيوان بيديه، أو كان حكمياً بأن اصطاده بما أعده له من وسائل كالشباك والشراك، الشباك في البحر، والشراك في البر.

ولا يكون الاستيلاء الحكمي إلا بشرطين:

الأول: أن يقصد بهذا العمل الصيد.

الثاني: أن يكون محله معجزاً الصيد عن الفرار، فلو رماه أحد بعد ذلك فقتله ضمن لأنه دخل في ملك الأول. وإذا أطلق الصائد صيده بعد الاستيلاء عليه، وكان ذلك باختياره فهل يخرج عن ملكه أم لا؟

للفقهاء في هذه المسألة رأيان:

الأول: أنه لا يخرج عن ملكه، لأن الملك لا يزول بعد ثبوته إلا بسبب ناقل للملكية وليس الترك منها.

الثاني: أن يزول ملكه ويرجع إلى سيرته الأولى قبل الصيد لقرب عهده بالإباحة.

والرأي الأول أدق فقهاً وأقوى سنداً، والرأي الثاني أرفق بالناس، وقد اختارته التشريعات الوضعية.

المطلب الثاني

حقوق الارتفاق

الارتفاق في الاصطلاح الشرعي حق مقرر على عقار لمنفعة عقار آخر مالكه غير مالك العقار الأول.

وهذا يعني أن حق الارتفاق يرد أصلاً على العقار، ويعني أيضاً أنه عند وحدة المالك فلا ارتفاق بين عقار وعقار.

وحق الارتفاق يختلف عن الانتفاع في أمرين:

الأول: أن حق الانتفاع شخصي لا يستفيد منه إلا الإنسان الذي تقر له، أما حق الارتفاق فهو حق عيني مقرر على العين نفسها بقطع النظر عن مالكه.

الثاني: أن حق الانتفاع يرد على عقار ويرد على منقول بينما حق الارتفاق لا يرد إلى على عقار.

وحق الانتفاع مع ذلك يشبه حق الارتفاق في أن كلاً منهما ملك ناقص لصاحبه، ولا تثبت بأيهما ملكية تامة.

وتثبت حقوق الارتفاق بالأسباب الآتية.

أ ـ **الملكية العامة**: فلكل فرد من أفراد المجتمع أن يستخدم المرافق العامة وأن ينتفع بها، كالطرق والأنهار، والكباري والجسور وما أشبه ذلك، وليس لأحد أن يمنعه، وليس له أن يمنع أحد.

٢ ـ **الإذن من صاحب الشأن في الملكية الخاص**: فالمالك ومن ينوب عنه شرعاً له أن يأذن لصاحب أرض داخلية بأن يمر إليها عن طريق أرضه ويصبح حق المرور هنا حق ارتفاق.

٣ ـ **القدم**: والقاعدة الشريعة أن القديم يبقى على قدمه، ولا يغير حملاً له على سبب مشروع، فإذا وجدنا لعقار على عقار آخر حقاً مقرراً لا

يعرف سببه ولا بدايته يبقى القديم على قدمه ويحافظ للعقار على حقه.

٤ ـ **شراء العلو**: فلو اشترى رجل الدور الثاني، فإنه يثبت حق العلو للمشتري، وكلما انهدم الدور كان له إعادة إنشائه.

٥ ـ **الجوار**: فيما لا يضر بالجار الآخر وهذا الحق محل خلاف بين الفقهاء.

أولاً: حق الشرب:

ويطلق في الاصطلاح الشرعي على نوبة انتفاع بالماء سقياً للأرض لأجل الزرع والأشجار، ويلحق به حق الشفة، وهو حق الإنسان والحيوان في شرب الماء، ويسمى حق الشفة لأن تناول الماء يكون دائماً بها.

وحق الشرب مقرر لصالح الزرع حتى لا يفسد ويذبل، ولصالح الإنسان والدواب حتى لا تموت عطشاً.

والمياه بالنسبة لحق الشرب على ثلاثة أقسام:

١ ـ الماء الذي يجري في أرض غير مملوكة ملكية خاصة لأحد:

كمجاري الأنهار، وكالترع والمساقي العامة، وحكم هذا الماء أنه يجوز لكل إنسان أن ينتفع به في الشرب والسقي له ولأرضه ودوابه وحدائقه، ولو استخدم الوسائل للاستفادة من هذا الماء، بشق مجرى لتوصيل الماء إليه، أو الاستعانة بآلات الرفع أو أدوات التوزيع سواء للأراضي الزراعية أو الأدوار العليا، فالماء هنامباح، وحق الشرب ثابت لقولهﷺ: «الناس شركاء في ثلاثة الماء والكلأ والنار».

ويشترط عدم التعسف في استعمال هذا الحق، ويمنع الإضرار بالغير، تطبيقاً لقاعدة لا ضرر ولا ضرار في الإسلام، والدولة الحديثة لها لوائحها وقوانينها التي تنظم الاستفادة من هذه المياه، والمحافظة عليها من الإهدار والتلوث، وحق الدولة الحديثة في هذا الشأن ثابت بفقه السياسة الشرعية.

٢ ـ المال الذي يجري في ملك خاص:

للناس أن يشقوا من الترع الصغيرة، والقنوات ما يمكنهم من توصيل الماء إلى أراضيهم، وحكم ماء هذه القنوات أنه يجوز لكل إنسان أن يستخدمه لشربه وسقي دوابه، لأنه باق على أصل الإباحة، وليس لصاحب المجرى أن يمنع أحداً من أن يشرب هو ويسقي من معه. ولا يجوز لغير صاحب المجرى أن ينتفع به في ري أرضه وسقي زراعته، لأن حق صاحب المجرى ثابت، ومنازعته فيه تلحق الضرر به.

٣ ـ الماء المحرز في الأواني والجرار وأدوات التبريد وغيرها:

وهذه المياه مملوكة لأصحابها ملكية تامة، فليس لأحد أن ينتفع بها إلا بإذنه، فقد دخلت في ملكه الخاص، ولا تنتقل عنه إلا بسبب من الأسباب الناقلة للملكية.

وحق الشرب يورث عن صاحبه ويوصى به، ولكنه لا يباع عند الحنفية لأنه مجهول القدر والكمية ولا يجوز بيع المعدوم، وقال بعضهم يجوز بيعه إذا تعارف الناس على بيعه.

ثانياً: حق المجرى: وهو تابع لحق الشرب، ومضمونه أن يكون لعقار على عقار آخر حق مرور الماء منه لسقي الزروع والأشجار، ويكون مالك العقار الثاني غير مالك العقار الثالث، والمجرى قد يكون ملكاً لصاحب الأرض التي تسقى منه، ولكنه يمر بأرض غيره، وقد يكون ملكاً لصاحب الأرض التي مرَّ عليها، وقد يكون ملكية مشتركة لكل أصحاب الأرض التي تستفيد منه.

فإن كان ملكاً لصاحب الأرض التي تسقى منه، أو ملكاً لصاحب الأرض التي مرَّ عليها ولكن الذي يسقى منه له عليها حق الشرب فقط، فإنه له أن يسقي منه أرضه ويبقي المجرى دائماً في يده ما دام يجري الماء فيه، لأن الظاهر أن يكون قد وضع يده عليه بسبب صحيح، وأما إذا لم يكن فيه ماء يجري فعلى صاحب الشرب إقامة البينة على أن له حق السقي منه، أو على أنه ملكه حسب ما يدّعيه، وإصلاح المجرى ونفقات الإصلاح تكون على من له حق الشرب منه لأن الغنم بالغرم.

ثالثاً: حق المسيل: وهدفه تصريف المياه الزائدة عن الحاجة، وذلك بإسالته إلى مصرف عام أو مستودع خاص، ومن المصلحة تسييل هذا الماء لأن بقاءه ضار بالأفراد والمجتمع، والحكومات اليوم لها إدارات ووزارات خاصة بالصرف وحق المسيل، وحق المسيل يثبت بما تثبت به حقوق الارتفاق، ومتى وجد لعقار على عقار آخر فإنه يبقى قائماً ولا يسقط هذا الحق إلا إذا أسقطه صاحب العقار الثابت له، وإذا سقط هذا الحق فإنه لا يعود، ولا يسقط حق المسيل بتغير صفة الأرض الزراعية، لا يتغير المالك، بل يبقى هذا الحق ما بقي العقار، لأنه في الأصل حق للعقار.

رابعاً: حق المرور:

ويعني حق الوصول إلى عقار معين عن طريق ليس ملكاً لصاحب العقار سواء كان الطريق عاماً أو خاصاً. وهذا حق طبيعي لأن الإنسان لا بد أن يميل إلى عقاره، فإن كان بيتاً لا بد أن يسكنه، أو حقلاً لا بد أن يتعامل معه، وإلا بطلت وظيفة عقاره وإن لم تسقط ملكيته.

١ ـ الطريق العام:

وهو الذي لا يكون مملوكاً لأحد، وهذا يثبت لكل أحد أن يسلكه. ولا ينازع أحد في حق المرور فيه، ولا قيد على هذا الحق إلا قيد سوء استعمال الحق، سواء بالإضرار بالطريق أو بالإضرار بالآخرين.

ولكل من له عقار يتصل بالطريق العام أن يفتح له باباً أو نافذة على هذا الطريق، لأنه خصص للنفع العام.

وليس لأحد أن يشغل الطريق العام بحواجز أو أماكن للبيع أو الجلوس بحيث يعوق المارة أو يضر بهم. أما إحداث ما لا يضر بهم كتعليق ملصقات أو إقامة زينات على جانبي الطريق فقد اختلف فيه الفقهاء الأحناف.

«فأبو حنيفة» يشترط إذن ولي الأمر قبل إحداث ما لا يضر وإذا لم يستأذن جاز للناس منعه.

ويرى الإمام «محمد بن الحسن» أنه لا حاجة إلى إذن الإمام مطلقاً، ومن أحدث في الطريق العام شيئاً ليتسبب عنه ضرر للكافة وجبت إزالته ولا يترك قائماً.

٢ ـ الطريق الخاص:

والانتفاع بهذا الطريق خاص بأهله، ولا يسوغ لأحد سواهم أن يفتح باباً أو نافذة على طريقهم إلا بإذن أصحابه، وليس لواحد من الشركاء أن ينفرد بشيء من ذلك إلا بإذن الباقين، ولو كان لعقار أحد باب قديم على هذا الطريق فأغلقه فلا يسقط حقه في إعادة فتحه، ولمن يتملك هذا العقار بعد حق إعادة فتحه أيضاً، وللكافة أن يسيروا في هذا الطريق الخاص إذا ازدحم بهم الطريق العام، ولا يجوز لأهل هذا الطريق سده أو إزالته لما فيه من إهدار لهذا الحق، وقد منع «أبو حنيفة» بيع سكة لا تنفذ وقسمتها بين أصحابها لما للكافة فيها من نوع حق، ولا يكون لهم ذلك إلا إذا أقاموا عليه باب من يوم إنشائه فاختص بهم، وأصبح بمثابة المال المشترك لهم، فيجوز قسمته وبيعه.

خامساً: حق العلو: ولا يكون إلا في الأبنية التي تتكون من طابقين فأكثر، وهذا عند الأحناف الذين لا يثبتون حق العلو إلا ضمن بيع علو قائم، أما غيرهم كالمالكية والحنابلة فقد أجازوا بيع العلو استغلالاً بشرطأن يوصف العلو بما يزيل إبهامه. كأن يكون العلو متراً أو مترين مع تحديد المساحة.

ومضمون حق العلو أن يكون للشخص الحق في أن يعلو بناؤه فوق بناء غيره. وذلك بأن يكون للرجل داراً من طابقين فيبيع الأسفل لشخص والأعلى لشخص آخر، وصورة حق العلو كثيرة في السنوات الأخيرة حيث سادت ملكية الطوابق والشقق.

وحق العلو حق دائم لا يسقط بانهدام كل من الأسفل والأعلى أو بانهدامهما معاً، بل لصاحب العلو ولورثته من بعده حق إعادة بناء العلو. فإذا انهدم الأسفل فانهدم الأعلى تبعاً له، وكان انهدام السفلى بغير حق من صاحبه وأعاد صاحب السفل بناء سفله كان لصاحب العلو إعادة بناء علوه.

وإن أبى صاحب السفل إعادة بناء نصيبه كان لصاحب العلو إعادة بناء

السفل بإذن صاحبه أو بإذن من القاضي، ويكون له في كلتا الحالتين حق الرجوع على صاحب السفل بجميع ما أنفقه من إعادة بناء سفله، فإن أعاده بغير إذن مطلقاً لا من صاحب السفل ولا من القاضي، فقد قال بعض الفقهاء أن له الحق في الرجوع على صاحب السفلى بقيمة البناء وقت الإعادة، وقال بعضهم يرجع بقيمته وقت الرجوع، وقال بعضهم إنه يرجع بجميع ما أنفق، وقال بعضهم إنه يعتبر متبرعاً وليس له الرجوع بشيء أصلاً، ولصاحب العلو منع صاحب السفل من سفله حتى يدفع ما عليه، وله أن يستغله بإذن من القاضي حتى يستوفي ماله من حق عليه، وإن كان انهدام السفلى بفعل صاحبه وبتعد منه فإنه يجبر على إعادة سفله ويضمن لصاحب العلو علوه قائماً، لكن صاحب العلوإن أعاد. . . علوه في هذه الحالة من تلقاء نفسه بدون حكم القضاء بتضمين صاحب السفل، اعتبر صاحب العلو متبرعاً لأنه قام من نفسه بعمل شيء كان من استطاعته إلزام غيره القيام به، وسقف السفلى ملك لصاحب السفل، ولا يجوز لصاحب السفل ولا لصاحب العلو أن يتصرف في سفله أو علوه تصرفاً يضر بالآخر، ولكل من صاحب السفل وصاحب العلو أن يتصرف في سفله أو علوه التصرفات التي لا ضرر منها، وأما التصرفات التي يشك في نتائجها فهي ممنوعة أيضاً عند الإمام «أبي حنيفة» لأن كلاً منها يتصرف في ملك قد تعلق به حق غيره، فلا يكون تصرفه نافذاً إلا حيث يتحقق نفي الضرر، ولكنها جائزة عند صاحبيه «أبي يوسف» و«محمد» لأن كلاً من صاحب السفل وصاحب العلو يتصرف في ملكه، فلا يمنع من هذا التصرف إلا حيث يتحقق وجود الضرر.

سادساً: حكم التصرف في حقوق الارتفاق:

اتفقت كلمة الفقهاء على أن هذه الحقوق تورث سواء أكانت منفردة أو ثابتة للعقار المنتفع بها، وتصح الوصية بها لأن الوصية كالميراث أو على حد تعبير الفقهاء أخت الميراث، ويصح التنازل عن هذه الحقوق للغير، لأن التنازل إسقاط، وهذه الحقوق مما يقبل الإسقاط، أما التصرف في هذه الحقوق استقلالاً بغير هذا فقد اختلف الفقهاء فيه فقال بعضهم يجوز بيع

حق المرور وحق الشرب لأن الناس تعارفوا ذلك، ولكن هذا القول خلاف الراجح من مذهب الحنفية، وقال الأحناف، إنه لا يجوز بيع حق التعلي استقلالاً من غير أن يكون ضمن بناء قائم، وقال المالكية والحنابلة إنه يصح بيع حق التعلي استقلالاً ـ كما سبق وذكرنا ـ على أن يوصف حق العلو بما يزيل عنه الجهالة، وعلى مذهب الحنفية لا يصح أيضاً تمليك هذه الحقوق ولو بطريق الإيجار لما فيها من الجهالة الفاحشة، ولعدم قابلية الحقوق عندهم للتأجير إلا تبعاً للعقار المنتفع بها، ولا يصح جعل هذه الحقوق أجرة لأنها ليست بمال، أما التصرف في هذه الحقوق تبعاً للعقار المنتفع بها فإنه على التفصيل التالي.

١ ـ إن كان التصرف تمليكاً لمنفعة أي أن صاحب العقار الذي له حق الارتفاق قد ملك منفعته للغير بطريق الإجارة أو الوقف أو الوصية بالمنافع، فإنه ليس بلازم أن ينص على دخول هذه الحقوق في العقد بل تدخل فيه من غير نص، لأن المقصود من هذه التصرفات هو المنفعة العاجلة، ولا تتحقق هذه المنفعة إلا مع هذه الحقوق.

٢ ـ وإن كان التصرف في العقار تمليكاً تاماً كالبيع والهبة وما شابه ذلك، فإن هذه الحقوق لا تدخل في العقد من غير نص على دخولها، لأن هذه العقود وأمثالها لا تقتضي دخول هذه الحقوق في العقد تابعة للعقار، وإذن فلا بد من النص على دخولها في العقد.

الفصل الخامس

في نظرية العقد[1]

العقد هو أهم مصادر الالتزام، وأوسعها دائرة، وأكثرها دوراناً في الحياة الاجتماعية، لأنه الأساس في مبادلات الناس، فهذا يشتري وهذا يبيع، وهذا يؤجر وهذا يستأجر، وهكذا في المعاملات من إعارة وكفالة وحوالة وقراض ومزارعة وغير ذلك من صور التعامل التي جرى عليها الأفراد، وأقرتها الشريعة، فنظرية العقد إذن جزء هام من النظرية العامة للإلتزامات في الفقه الشرعي والفقه القانوني على السواء.

والعقد لغة يعني الربط وهو ضد الحل، ويجمع على عقود، وهو في التعريف الشرعي «ارتباط الإيجاب بالقبول على وجه يثبت أثره في المعقود عليه» أي يخرج به المحل من حالته الأولى إلى حالة جديدة. أو هو بعبارة أخرى اتفاق إرادتين على إنشاء التزام أو على نقله.

وسوف نعرض لموضوع العقد بإيجاز في مبحثين:

المبحث الأول: تكوين العقد.

المبحث الثاني: أحكام العقد.

---

(١) يلاحظ أننا أوجزنا في دراسة نظرية العقد، لأنها موضوع دراسة مفصلة في مادة النظرية العامة للالتزامات في مقرر السنة الثانية بكلية الحقوق.

المبحث الأول

تكوين العقد

نقصد بتكوين العقد مبادئه الرئيسة وأركانه الأساسية، وأركان كل عقد هي ما لا يتحقق إلا بها، وإذا كان العقد في جوهره إيجاب وقبول، فإنه لا بد له من عاقدين أحدهما يصدر عنه الإيجاب والثاني يأتي منه القبول، وأيضاً لا بد له من محل يترتب فيه أثره وتنزل عليه أحكامه.

فالبيع مثلاً عقد لأنه يتكون من إيجاب وقبول، ولا بد له من عاقدين هما البائع والمشتري، ولا بد له من محل وهو الشيء المبيع، وهكذا الأمر في كل العقود التي يجري بها التعامل سواء كانت عقوداً مسماة أو غير مسماة.

المطلب الأول: في العاقد.

المطلب الثاني: محل العقد.

المطلب الثاني: صيغة العقد.

المطلب الأول

العاقد

لا عقد بغير أطرافه، فالعاقد يسبق العقد في الوجود ويتقدم عليه بالقوة والفعل، لأن العقد أحد أدوات العاقد في الوصول إلى غاياته وتحقيق أهدافه.

والعاقد هو الذي يباشر الإيجاب والقبول سواء أكان ذلك عن نفسه أو نيابة عن غيره.

ويشترط في العاقد أهلية التصرف، وهذه الأهلية تختلف باختلاف العقود والتصرفات التي يباشرها الإنسان، فمن كان أهلاً لعقود المعاوضات، قد لا يكون أهلاً لعقود التبرعات ومن يكون أهلاً للأخذ والتملك، قد لا يكون أهلاً للإعطاء والتمليك. فأهلية المتعاقدين من الشروط العامة لكل عقد، وتعريف الأهلية بوجه عام هي «صفة يقدرها الشارع في الشخص تجعله محلاً صالحاً للخطاب بالأحكام الشرعية».

فليس كل إنسان تصح منه تصرفاته في نظر القانون والشرع، بل لا بد من اتصافه بصفات تجعله أهلاً لقبول الأحكام الشرعية، وتحمل المسؤوليات، والتزام الآثار المترتبة على أعماله، وهذا هو معنى الأهلية.

١ ـ أقسام الأهلية:

ولأن العاقد ـ وهو الإنسان ـ لا يولد على حال واحدة بل له مراحل يمر بها، وتختلف الأهلية قوة وضعفاً، وإثباتاً ونفياً حسب المراحل التي يمر بها العاقد. والأهلية نوعان أهلية وجوب وأهلية أداء.

أ ـ أهلية الوجوب:

وهي صلاحية الشخص لأن تثبت له الحقوق أو عليه، سواء أكان

صبياً أم بالغاً، عاقلاً أم مجنوناً.

والحياة هي مناط هذه الأهلية، تبدأ بواقعة الميلاد وتنتهي بواقعة الوفاة، ووجود هذه الأهلية يستلزم وجود الذمة، وهي وصف اعتباري شرعي يعتبر الإنسان به أهلاً للوجوب له أو عليه. وأهلية الوجوب على نوعين:

النوع الأول: أهلية الوجوب الناقصة:

وهي تجعل صاحبها أهلاً لثبوت الحق له، ولا يكون بها أهلاً لثبوت الحق له، فالجنين في بطن أمه له أهلية ناقصة لأنه يحتمل الوجود والعدم، فتثبت له بظن الوجود الحقوق التي تنفعه، وتنتفي عنه بظن العدم الحقوق التي تضره. ولذلك أثبت له الشارع الإرث والوصية والوقف ونفى عنه الهبة والبيع وكل ما يحتاج إلى قبول منه.

النوع الثاني: أهلية الوجوب الكاملة:

وتثبت للشخص بواقعة الميلاد، وتثبت له صفة الإنسانية وعصمتها، وحقوق الإنسان وواجباته، ولهذا يصبح الإنسان الذي اكتملت أهلية وجوبه أهلاً لثبوت الحق له أو عليه، فتطالب ذمته بالالتزامات المالية، سواء جاء التصرف منه أو من وليه، وسواء بلغ سن الرشد أو لم يبلغ، ولذلك تصح له الهبة والوصية، ويلزم في ماله قيمة ما أتلفه، فثبوت الضمان لا صلة له بالمسؤولية الجنائية للصغير، لأن انعدام المسؤولية الجنائية أساسه نقص العقل وضعف الإرادة، أما المسؤولية المدنية فتقوم على أساس من الضرر ضماناً لحق الغير. والصغير والكبير والعاقل والمجنون سواء أمام الضمان أو المسؤولية المدنية تقصيرية أو عقدية.

والمجالس الحسبية في التشريع المصري للأحوال الشخصية لها اختصاص إقامة ولي للصغير وللجنين إدارة لأمواله وحفظاً لمصالحه.

وحيث ثبت للصغير أهلية وجوب كاملة، كان في أمواله جميع الديون المتعلقة بالمال، كالضرائب والخراج، ونفقات الأقارب وعليه الزكاة أيضاً على رأي مالك والشافعي وأحمد، خلافاً لأبي حنيفة الذي يعتبر الزكاة

عبادة مالية، والإنسان لا يطالب بالعبادة قبل اكتمال عقله وبلوغ رشده، فلا تجب عند أبي حنيفة الزكاة في حال الصغير غير المميز ولا المجنون.

ب ـ أهلية الأداء:

ومناطها العقل والإدراك، وهي أهلية التصرفات، وبها يكون الشخص أهلاً لاكتساب حقوق بتصرفاته القولية، وإنشاء حقوق لغيره بهذه التصرفات أيضاً.

وليس الناس في أهلية التصرف سواء، فمنهم تام أهلية الأداء ومنهم ناقصها لذلك جاءت أهلية الأداء على نوعين:

النوع الأول: أهلية الأداء القاصرة:

وفيها تصح من صاحبها العبادات ولكن لا يطالب بها، وتصح منه التصرفات النافعة له نفعاً محضاً، وذلك حالة في الصبي المميز والمعتوه.

الصبي المميز: وهو منه تجاوز السابعة من عمره ولكنه دون البلوغ ومعنى التمييز أنه يكون عارفاً للعقد قاصداً له، ويميز بين الغبن الفاحش والغبن اليسير وتصرفات الصبي المميز على أقسام ثلاثة:

ـ **الأول**: التصرفات النافعة نفعاً محضاً، كقبول الهبة، والصدقة والوصية، وحكم هذه التصرفات أنها جائزة وتقع صحيحة لما فيها من الخير له، ولما فيه من الأهلية، لأن الصبي غير المميز له أهلية ناقصة وليس فاقد الأهلية بإطلاق.

ـ **الثاني**: التصرفات الضارة به ضرراً محضاً، كأن يتبرع بماله، أو يكفل غيره أو يقرضه، وحكم هذه التصرفات أنها تقع باطلة ولو أجازها ولي الصغير.

ـ **الثالث**: التصرفات التي تدور بين النفع والضرر: كتجارة تحتمل الربح والخسارة، أو التصرف بالبيع أو المشاركة أو الإجارة، وهذه التصرفات تقع صحيحة إذا كان مأذوناً له فيها من وليه أو وصيه، وتقع موقوفة على إجازة الولي أو الوصي إذا كان غير مأذون له فيها.

السفيه:

السفيه هو الشخص العاقل البالغ الذي ساء تقديره وفسد تدبيره فيهدر أمواله فيما لا مصلحة له فيه، ويسرف في أهوائه على حساب نفسه وثروة أسرته. والإسراف مذموم في الشرع لقوله تعالى: **﴿ولا تبذر تبذيراً إن المبذرين كانوا إخوان الشياطين﴾** والسفيه مخاطب بكل الأحكام الشرعية من صلاة وصوم وحج وزكاة، ومؤاخذ بما يقع منه من جنايات خلاف المجنون والصغير.

واختلفت كلمة الفقهاء في جواز الحجر على السفيه أي منعه من التصرف في ماله، فذهب «أبو حنيفة» إلى عدم جواز الحجر، وذهب الصاحبان «أبو يوسف» و«محمد» إلى القول بجوازه ورأيهما هو الراجح في المذهب الحنفي، غير أن «محمداً» يقول بأن الحجر على السفيه يبتدىء من وقت ظهور السفه، وينفك عنه وقت ظهور الرشد، وعند «أبي يوسف» يبتدىء الحجر والرشد من وقت الحجر والرشد، وأعمال المجالس الحسبية على رأي الإمام «أبي يوسف».

وتصرفات السفيه التي هي عقود معاوضات مالية تقع باطلة إذا كانت ضارة به، والعقود النافعة له كقبوله الهبة والوصية تقع صحيحة نافذة، أما تصرفاته التي تحتمل النفع والضرر فتقع نافذة إذا كان مأذوناً له فيه، وموقوفة على إذن الولي عند غياب الإذن.

وولي السفيه هو القاضي، وتصرفاته تأخذ حكم تصرفات الصبي المميز.

وتبرعات السفيه تقع باطلة، غير أن السفيه إذا أوصى بماله وليس له وارث، أو كان له وارث وأجاز هذه الوصية نفذت وصيته، ولو وقف السفيه ماله على نفسه في حياته ثم من بعده على أولاده جاز ذلك أيضاً، لأنه لا ضرر عليه في هذا التصرف. وعقود السفيه التي لا تحتمل الفسخ ولا يبطلها الهزل تقع صحيحة نافذة كالطلاق والزواج، إلا أنه إذا تزوج امرأة وجعل لها مهراً أكثر من مهر مثلها كان زواجه صحيحاً نافذاً ولكنه لا يلزم إلا بمهر المثل.

النوع الثاني: أهلية الأداء الكاملة:

وهو أن يصبح الإنسان مكلفاً بالعبادات والأحكام الشرعية قابلاً لكل أنواع الالتزامات، وذلك باكتمال العقل الذي جعل البلوغ علامة له، ذلك لأن الأصل في التكليف أن يتوقف على وجود العقل الكامل في الإنسان، غير أن العقل لا ينمو دفعة واحدة، بل ينمو مع سنوات عمره، لذلك أقيم البلوغ دليلاً على اكتمال العقل. والبلوغ إما طبيعي وإما تقديري، أما الطبيعي فقد ذكر له علامات في الفتى كالاحتلام وما أشبه، وعلامات في الفتاة كالحيض وما أشبه، وأما التقديري، فذلك عند عدم التحقق من البلوغ الطبيعي، وأكثر الفقهاء على أن مبدأ البلوغ يكون عند الفتى في سن الثانية عشرة، وعند الفتاة في سن التاسعة، أما نهايته، فأكثرهم على أنه في الخامسة عشرة للذكور والإناث، وقال «أبو حنيفة» رحمه الله: إذ نهاية سن البلوغ ثمانية عشر عاماً في الفتى وسبعة عشرة في الفتاة.

فمراحل نمو الإنسان في مواجهة الأهلية على النحو التالي:

المرحلة الأولى: مرحلة الجنين وله أهلية وجوب ناقصة.

المرحلة الثانية: مرحلة عدم التمييز وله أهلية الوجوب الكاملة.

المرحلة الثالثة: من التمييز إلى البلوغ وله أهلية أداء ناقصة.

المرحلة الرابعة: وهو طور البلوغ: وله أهلية أداء كاملة.

المرحلة الخامسة: وهي مرحلة الرشد: وفيها تثبت للإنسان صلاحية كاملة للتصرفات المالية.

ولا يبلغ الإنسان مرحلة الرشد في القانون المدني المصري إلا ببلوغه إحدى وعشرين سنة ميلادية. كما جاء في نص المادة ٤٤ منه.

جـ ـ أهلية الشخص الاعتباري:

الشخص الاعتباري فكرة فقهية وصناعة تشريعية أما وجوده الواقعي فمرهون بالنص الذي أوجده، والأهداف التي يتوخاها. ولذلك ليس له من الحقوق إلا ما يتناسب مع طبيعته، وقد لقيت فكرة الشخص الاعتباري قبولاً

عند البعض ورفضاً عن البعض الآخر، واتسع مكانها في التشريع المدني، وقلّ الاعتراف بها في المجال الجنائي، أما الفقه الإسلامي فلا تكاد تجد لها فيه تعريفاً والشك في أن الفقه الإسلامي قد عرفها له ما يقويه، والذين يقولون بثبوت الشخصية الاعتبارية في الفقه الإسلامي، أدلتهم فروع فقهية ثبتت أحكامها لهيئات وولايات، كصحة الوقف للمسجد، ومؤسسة بيت المال، وغير ذلك مما يثبت الحقوق لغير الإنسان يستوفيها وليه أو القائم على شؤونه.

والذي نراه أن فكرة الشخصية الاعتبارية حديثة النشأة وصياغتها تكاد تكون ابتداع العصور الأخيرة، وليس لها في الفقه الإسلامي نظير، ولا نرى التسوية بين فكرة الذمة، وبين الشخصية الاعتبارية، ونرى أن الذمة المالية كافية بذاتها للوفاء بحاجة المجتمع إلى المؤسسات دون استدعاء فكرة الشخصية المعنوية لتحتل مكانها في الفقه الإسلامي الحديث، خاصة وأن بنية الفقه الإسلامي لا تتسع لها.

٢ ـ عوارض الأهلية:

العوارض في الفقه الشرعي هي آفات لها تأثير في الأحكام المتعلقة بأهلية الوجوب أو الأداء بالتغيير أو الإعدام، وهي كثيرة ومتنوعة بعضها، اختياري للإنسان كسب فيه، وبعضها حتمي لا سبيل إلى تلافيه.

أ ـ العوارض الجبرية[(١)]:

ـ **الجنون**: وهو اختلال في العقل، أو بتعبير أدق في وظائفه يقطع التكليف ويسقط أهلية الأداء وهو نوعان:

الأول: جنون مطبق: وهو الذي يتصل ليستوعب حياة الإنسان كلها ليله ونهاره، وحكم تصرفات المجنون جنوناً مطبقاً حكم تصرفات الصبي

(١) ويسميها البعض العوارض السماوية، وهي تعبير غير موفق لأنه إذا كان المقصود بالسماء الجهة فهي لا دخل لها بالعوارض وإذا كان المقصود الله فلا ينبغي نسبة الآفات إليه.

غير المميز، فأقواله مهدرة وتصرفاته باطلة.

الثاني: جنون وقتي: وهو الذي يظهر حيناً ويختفي أحياناً، فصاحبه ساعة الإفاقة عاقل بل حسن العقل، وساعة الجنون مصاب بل شديد الهياج، والجنون الوقتي صاحبه حال الإفاقة كالعاقل تماماً تلزمه التكاليف والواجبات، وساعة الجنون فحكمه حكم المجنون.

ـ **العته**: وهو اختلاط القول والفعل. فهو يشبه العقلاء حيناً والمجانين أحياناً، وحكم المعتوه هو حكم الصبي المميز.

ـ **الإغماء**: وهو مانع يحول دون فهم الخطاب حين وقوعه، ولا يمس أهلية الوجوب، ولكنه يفقد أهلية الأداء، وحكم غيبوبة الإغماء أن صاحبها غير مخاطب بالتكاليف أثناءها، ومخاطب بها عند صحوه ورجوعه امتدت الغيبوبة أم قصرت.

ـ **النوم**: عارض يصيب كل إنسان، لا يسقط أهلية الوجوب، ويؤخر المطالبة بالأحكام حتى يستيقظ صاحبه، ويبطل ما يصدر منه حال نومه من أقوال أو أعمال، إلا ما كان إتلافاً لمال الغير أو عدواناً عليه، فيضمن في ماله، فلو انقلب النائم على إنسان فقتله، كان فيه الدية، ولا قصاص لعدم العمد.

ـ **المرض**: وهو لا ينافي أهلية الوجوب ولا أهلية الأداء، ولكن إذا اتصل به الموت كان عارضاً يغير بعض الأحكام كأن لا تصح هبة المريض مرض الموت ولا تبرعاته إلا في حدود الثلث، وترث منه المطلقة البائنة في مرض الموت إذا مات وهو في العدة، واختارت بعض التشريعات العربية للأحوال الشخصية أن ترثه حتى بعد انقضاء العدة.

ـ **الرق**: وهو عجز حكمي يجعل صاحبه محلاً للملك وليس أهلاً للملكية، وقد انتهى عصر الرقيق في زماننا.

ـ **الصغر**: هي مرحلة من العمر تثبت فيها أهلية الوجوب كاملة، أما أهلية الأداء فتتدرج مع العمر ومع العقل.

ـ **الحيض** ـ وهو عارض لا يسقط أهلية الوجوب ولا الأداء، إلا أنه

يؤخر المطالبة بالصوم إلى ما بعد انتهائه، ويسقط الصلاة في حالة وجوده.

ـ **النفاس**: وحكمه حكم الصلاة.

ـ **النسيان**: وهو عارض لا يسقط أهلية الوجوب ولا أهلية الأداء، ولكنه عذر يرفع الإثم أمام الله في جميع الأحكام، وعذر معتبر في العبادات، وليس عذراً في الالتزامات المالية.

ب ـ العوارض المكتسبة:

ـ **السكر**: وهو غيبة في العقل بسبب المسكر، ويفرق الفقهاء في الحكم بين السكر الاضطراري الذي جاء نتيجة الحاجة إلى الدواء أو الماء ـ ولا يوجد إلا الخمر ـ وصاحبه معذور كالمغمى عليه والنائم، وبين السكر الاختياري الذي هو معصية وأغلب الفقهاء لا يعتبرونه عذراً يسقط التكاليف، أو يمنع العقوبة.

ولا شك أن السكر الاضطراري لا إثم على صاحبه فيه، وأن السكر الاختياري صاحبه آثم ديانة وقضاء على سكره، أما العقاب على أفعاله التي تنتج عن السكر فلا نرى التفرقة فيها بين السكر الاختياري والسكر الاضطراري[١].

وقد قضت بعض التشريعات العربية مثل التشريع المصري والتشريع السوري بعدم وقوع طلاق السكران.

ـ **الهزل**: وهو عارض يغير بعض الأحكام، ولا يؤثر في أهلية الوجوب، وتتأثر به أهلية الأداء.

ـ **الجهل**: وهو عارض يغير بعض الأحكام، وهو ـ كما يقول مصطفى السباعي ـ ستة أنواع:

ثلاثة منها لا يكون الجهل فيها عذراً بحال وهي، الجهل الناشىء عن

---

(١) لتأصيل ذلك تراجع رسالتنا للدكتوراه «أساس المسؤولية الجنائية في التشريع الإسلامي» كلية الحقوق جامعة الاسكندرية سنة ١٩٨٢.

مكابرة العقل وترك البرهان في أصل العقيدة، والجهل الناشيء عن المكابرة ولكن له شبهة في الكتاب والسنة، والجهل الناشيء عن اجتهاد دليل شرعي من حيث لا يجوز الاجتهاد، فهذه الأنواع الثلاثة ليست عذراً بحال من الأحوال، وتنفذ على صاحبها الأحكام الشرعية كما هي، وثلاثة يعذر فيها الجاهل عذراً متفاوتاً، فالجهل الناشيء عن اجتهاد سائغ هو عذر مقبول ويجوز القضاء بحسبه، والجهل الناشيء عن خطأ وشبهه، كمن وطيء أجنبية يظن أنها زوجته، فهذا عذر يسقط عنه الحد، والجهل الناشيء عند عدم العلم بالأحكام الشرعية في دار الإسلام، كمن أسلم في دار الحرب فشرب الخمر، أو فعل ما هو محرم في الإسلام من غير أن يعلم بحرمته فهذا الجهل عذر مقبول لا يُؤخذ صاحبه بنتائجه.

ـ **الخطأ**: وهو عارض يغير بعض الأحكام، واتفق العلماء على أنه يرفع الإثم في حق الله تعالى، واختلفوا في العبادات، أما في الالتزامات فالإثم مرفوع عن الإتلاف والجنايات خطأ ولكن الضمان لا يزال قائماً، فمن أتلف لغيره مالاً وجب عليه ضمانه، ومن قتل إنساناً خطأ وجبت ديته في عاقلته أو في ماله وتتحملها عنه عاقلته.

ـ السفر: وهو عارض يغير بعض الأحكام ففيه تنقص الصلاة الرباعية، ويباح الإفطار وغير ذلك من الرخص الشرعية.

ـ **الإكراه**: وهو عارض يغير بعض الأحكام، والأحناف يقسمونه إلى إكراه ملجىء وإكراه غير ملجىء ولكل أحكامه في كتب الفقه، وسوف نعالجه عند معالجة عيوب العقد.

ـ السفه: وهو خفة تعتري الإنسان فيتصرف خلاف العقل والشرع، وهو يمس أهلية الأداء فينقصها عند جمهور الفقهاء.

٣ ـ العاقد لغيره:

واشتراط الأهلية في العاقد، تكون في العاقد لنفسه والعاقد لغيره.

والعاقد لغيره إما أن يكون ولياً أو وصياً أو وكيلاً أو فضولياً.

أ ـ الولي هو من أقامه القانون أو الشرع للنظر في شؤون غيره، مثال ذلك أنه أقام الأب ثم وصيه ثم الجد لأب ثم وصيه ثم القاضي أولياء للنظر في شؤون الصغير، فلهم إدارة أمواله والتصرف غير الضار فيها.

ب ـ الوصي هو الذي أقامه أحد الأولياء للنظر في شؤون الصغير فإن كان الذي أقامه أباً أو جداً سمي وصياً مختاراً، وإن كان القاضي سمي وصياً منصوباً أو معيناً.

جـ ـ الوكيل: وهو من أقامه الشخص مقام نفسه في تصرف جائز معلوم يملكه. والوكالة ركنها الإيجاب والقبول، ويشترط في الموكل أن يكون مالكاً لما وكل فيه من التصرفات. فكل ما جاز للإنسان أن يباشره بنفسه لنفسه جاز له أن يوكل عنه غيره فيه، وعلى هذا لا يصح التوكيل من المجنون ولا الصبي ولا من في حكمهما.

ويشترط في التصرف الموكل به أن يكون تصرفاً جائز شرعاً وأن يكون مملوكاً للموكل، وأن يكون معلوماً له، والوكالة نوعان، عامة بغير تحديد، ومقيدة بوقت أو شخص أو موضوع.

د ـ الفضولي: وهو من يتصرف في ملك غيره بدون إذنه، وبلا ولاية ولا وصاية ولا وكالة، وحكم عقد الفضولي أنه يكون موقوفاً على إجازة صاحب الشأن فيه إن كان له مجيز عند صدوره.

المطلب الثاني

محل العقد

محل العقد هو الشيء الذي تم التعاقد عليه، ويسمى المعقود عليه، وهو ما يظهر فيه أثر العقد وحكم التعاقد، ولا بد لكل عقد من محل، فهو المبيع في عقد البيع، والمنفعة في عقد الإجارة، والعمل في عقود العمل جميعاً، والدين في عقود الكفالة والحوالة، وقد اتفقت كلمة الفقهاء على أنه يشترط في المعقود عليه أن يكون قابلاً لحكم العقد صالحاً لترتيب أثره فيه، وعلى هذا لا يصح بيع المسجد، أو العقد على امرأة متزوجة، أو في عدة من زواج، فلا يصح عقد زواج امرأة محرمة على العاقد سواء كان التحريم إلى الأبد أو إلى أمد. ومشروعية محل العقد قد تختلف باختلاف الدين، فالخمر لا يصح التعاقد عليها لا بيعاً ولا شراء بالنسبة للمسلم، ولكنها تصلح محلاً للتعاقد بين غير المسلمين. يقول صاحب الهداية «وأهل الذمة في المبيعات كالمسلمين إلا في الخمر والخنزير خاصة، فإن عقدهم على الخمر كعقد المسلم على العصير، وعقدهم على الخنزير كعقد المسلم على الشاة، لأنهم أموال في اعتقادهم ونحن أمرنا أن نتركهم وما يعتقدون. .

فمحل العقد ـ في الفقه الإسلامي ـ قد يختلف حكمه باعتبار الدين، ويختلف محل العقد باختلاف العقود، فقد يكون عيناً مالية، كما في عقود البيع والهبة أي يستوي في ذلك المعاوضات والتبرعات، وقد يكون منفعة مالية كما في عقود الإعارة والإجارة، وقد يكون منفعة معنوية كعقد الزواج وحقوق الابتكار. وقد يكون عملاً كما في عقود الاستصناع، والإجارة على عمل الإنسان وغير ذلك، فمحل العقد ـ كما قيل ـ[1] لا يخرج عن أن يكون مالاً أو منفعة أو عملاً.

---

(١) د. أحمد فراج: الملكية ونظرية العقد، بيروت ١٩٨٦ ص١٩٦.

وحتى يرتب العقد أثره في محله، لا بد وأن تتوافر في المعقود عليه عدة شروط، بعضها في المحل ذاته تتعلق بوجوده، وبعضها بالشارع وهو إذنه بالتعامل في هذا المحل، وبعضها يتعلق بقدرة العاقدين سواء على تسليم المحل أو العلم بوجوده، وهو ما سنعرض له بشيء من التفصيل.

١ ـ شروط محل العقد:

وهي التي لا بد من توافرها حتى يرتب العقد أثره في محله وهي شروط أربعة:

أ ـ أن يكون محل العقد موجوداً:

وهذه هي القاعدة العامة، فما لا وجود له لا يجوز شرعاً التعاقد عليه، وكثير من الفقهاء وفي مقدمتهم الأحناف يرون أن المعدوم، وماله خطر العدم لا يصلح أن يكون معقوداً عليه، فالثمرة قبل بدو صلاحها، والإرث قبل ثبوته وتقسيمه، كل هذه لا تصلح على هذا الرأي محلاً للتعاقد، سواء أكان المحل متمكن الوجود أو كان مستحيل الوجود، فالاستحالة أو الإمكان هنا يستويان في الحكم الشرعي، فبيع المعدوم غير جائز لما في المحل من جهالة فاحشة، فغير الموجود معدوم وغير معلوم وغير مقدور على تسليمه أي فقد أغلب الشروط الواجب توافرها في محل العقد، ولا فرق في ذلك بين عقود المعاوضة وعقود التبرع، لأن العدم يرتد على العقد ذاته بالإبطال ولا صلة له بأنواعه وتقسيماته.

وعند التحليل الدقيق لهذا الشرط نجده ليس شرطاً إلا في العقود الناقلة للملكية الأصلية، أما العقود التي ترد على المنافع والأعمال فإن محل العقد فيها يوجد بالتتابع بعد العقد، والفقه الإسلامي في مذاهبه المختلفة، قائم على أساس جواز التعامل في المنافع وهي لا وجود لها عند التعاقد وصورها عقود الإعارة والإجارة، والفقه الإسلامي قائم أيضاً على جواز التعامل في الأعمال ومثالها عقود المزارعة والاستصناع، والأحناف أنفسهم لا يرفضون هذه العقود وإنما لا يعتبرون منافع الأعيان مالاً بل هي أعراض لا بقاء لها في المحل وتتجدد دائماً، فهي ليست مالاً لأنها لا يمكن

حيازتها. وهذه العقود يقول الأحناف بصحتها استحساناً مراعاة لحاجة الناس، وهو حكم يخالف القياس الذي يقضي ببطلانها.

ورأي الأحناف ضعيف السند نقلاً وعقلاً، لأن وجود الشيء غير حيازة الشيء، والوجود الوقتي كالوجود الدائم يقوم بأيهما ركن المحل، فما يوجد للحظة يباع وما يوجد لعام يباع. والرأي عندنا أن هذا الشرط لا يُعمل أثره في المحل إلا في العقود الناقلة للملكية الأصلية، ولذلك جاء الشارع ونص على استثناء «السلم» من هذا الشرط، والاستثناء يؤكد القاعدة ولا يبطلها.

وفرّق «مالك» بين عقود التبرعات والمعاوضات، فأجاز التبرع بما هو معدوم وقت العقد، فيصح أن يهب ما في بطن الدابة من جنين وما في ضرعها من لبن، وما في جوف الأرض من نبات بعد وضع بذوره، وما ينبته الشجر والنخل من ثمر وتمر، وفي عقود المعاوضات أجاز التعاقد على المنافع والثمر الذي لا يمكن وجوده دفعة واحدة ما دام قد ظهر منه شيء كما في الخضراوات وكما في البطيخ والباذنجان وأمثالهما مما تعارف الناس عليه.

أما «ابن تيمية» و«ابن القيم» من فقهاء المذهب الحنبلي فإنهما يجيزان التعاقد على المعدوم في كل العقود ما دام قد تم التعيين بالأوصاف وارتفع الضرر، وهما يريان أن ما ورد في الشريعة من نهي إنما ينصب على بيع الغرر، فهما يريان. . . أن العلة في منع التعاقد على المعدوم هو بيع الغرر، ومخافة التنازع، فإذا كانت هي هذا، والعلة موجودة في محل العقد الذي يكون موجوداً وقت التعاقد وغير مقدور التسليم كالبعير الشارد، والفقهاء قد اشترطوا أن يكون محل العقد متعيناً بحيث ترتفع الجهالة ويزول الغرر، فلا يكون هناك محل لاشتراط وجود محل العقد»[1].

والرأي عندي أن التوسعة في محل العقد بحيث يجوز التعامل فيه إذا كان قابلاً للتعين بالأوصاف توسعة محمودة خاصة في عصرنا عصر المعاملات السريعة بوسائل الاتصال الحديثة والمتقدمة، أما الاكتفاء بالتعيين

(١) د. محمد سلام مدكور، المدخل للفقه الإسلامي ط٤ سنة ١٩٦٩ القاهرة ص٥٧٨ ـ ٥٧٩.

بديلاً عن اشتراط وجود محل العقد فهو ما لا نوافق عليه، إن محل العقد جزء من البناء النظري للعقد وهو في حقيقته وجود بالقوة حتى يتكامل الوجود الشرعي للعقد وإن تأخر وجوده الفعلي عن زمن التعاقد. فتراخي الوجود الفعلي لا بأس به أما إنكار وجود المحل كشرط في العقد فهو ما لا نسلم به.

حكم بيع الثمار على الشجر والخضراوات في الأرض:

الحديث عن حكم بيع الثمار على أشجارها والخضراوات في حقولها فرع للحديث عن وجود محل العقد، والقاعدة العامة أنه لا بيع قبل الظهور، فإذا لم تظهر الثمرة على الشجرة، ولم يبد الخضار في حقله، فالبيع غير جائز لقوله ﷺ «أرأيت إذا منع الله الثمر بم يستحل أحدكم مال صاحبه».

أما عند بدو الصلاح وظهور الشيء فقد اختلف الفقهاء على حالتين:

الحالة الأولى: إذا ظهر الشيء زرعاً أو ثمراً وأصبح الانتفاع به معتاداً فيصح بيعه باتفاق الفقهاء.

الحالة الثانية: إذا بدا الشيء وظهر ولم يكتمل بعد صلاحه أو الانتفاع به، فجمهور الفقهاء على عدم جواز بيعه، ويرى الأحناف جواز البيع لأنه مال متقوم وينتفع به أكلاً وعلفاً للدواب ويعتبر ما على الشجر وكأنه من أوراق الشجر، ما دام قد اشترط القطع، أو وقع البيع مطلقاً عن الاشتراط[1].

ب ـ أن يكون صالحاً لحكم العقد شرعاً:

محل العقد ـ كما سبق القول ـ هو ما يظهر فيه أثره، وما يجري فيه حكمه من نقل ملكية أو عمل أو انتفاع، وآثار العقود جعلية أي أن الشارع هو الذي رتبها وأعطاها حكمها الشرعي من حل وحرمة، وندب وكراهة وإباحة، فالمعقود عليه لا يحل التعاقد عليه إلا بإذن من الشارع، فإذا منع

---

(١) د. أحمد فراج: الملكية ونظرية العقد، المرجع السابق ص٢٠٠.

الشارع التعاقد كان العقد باطلاً. فقد نهى الشارع الحكيم عن الخمر في قوله تعالى: **﴿إنما الخمر والميسر والأنصاب والأزلام رجس من عمل الشيطان فاجتنبوه﴾** ولعن رسول الله بائعها وشاربها وناقلها، وهذا يعني إهدار مالية الخمر في نظر الإسلام، فلا تصلح أن تكون محلاً للعقد، فلو باع مسلم أو اشترى خمراً فالعقد باطل.

وقد نهى الشارع عن أكل بعض المطعومات كما في قوله تعالى: **﴿حرمت عليكم الميتة والدم ولحم الخنزير﴾** والتحريم هنا يهدر أهلية هذه المطعومات، فلا يصح التعامل بها، ولا يظهر أثر العقد فيها ولا تصلح أن تكون محلاً للعقد.

جـ ـ أن يكون مقدور التسليم وقت التعاقد:

لأن إتمام العقد يفرض التزامات على المتعاقدين أهمها أن مالك محل التعاقد مطالب بتمكين الطرف الآخر من المحل، فلا بد من تسليم المبيع إلى المشتري، والعين إلى المستأجر، حتى يستوفي الأول حق ملكيته عيناً ومنفعة، وحتى يستوفي الثاني ملك المنفعة في عقد الإيجار، والإسلام بهذا الشرط يسد ذريعة التنازع والشقاق بين طرفيّ العقد، فعدم القدرة على التسليم تعطل أحكام العقد، وتفسد العلاقة بين المتعاقدين.

وعلى ذلك لا يصح بيع السمك في الماء والطير في الهواء أو على الأشجار، وكذلك المال المغصوب ـ لغير الغاصب ـ وهو في حيازة الغاصب، لأن البائع أو المتعاقد في هذه الصور من البيوع والتعاقدات لا يقدر على التسليم. والوقت الذي ينظر فيه إلى قدرة المتعاقد على التسليم هو وقت إتمام العقد.

وهذا الشرط محل إجماع بين الفقهاء في عقود المعاوضات، أما عقود التبرعات فقد خالفهم الإمام مالك وأجاز التعاقد عليها رغم عدم القدرة على التسليم، وعلة التفرقة أن عقود التبرعات تتم بلا مقابل من المتبرع له، فالنزاع فيها غير وارد، وفتح أبواب الخير أولى من سدها.

د ـ أن يكون محل التعاقد معلوماً للعاقدين:

والتعيين هو أداة العلم القاطع للجهالة، والمانع للغرر، فلا يجوز بيع شاة بين قطيع من الغنم، ولا سمكة في مزرعة للأسماك، ولا إجارة منزل دون تحديد موقعه مدينة وشارعاً وتعيين محل العقد يتم بأمور ثلاثة:

الأول: رؤيته في مجلس العقد، أو قبله بفترة لا يحتمل معها تغيره.

الثاني: برؤية بعض، إذا كانت رؤية ذلك البعض كافية للتعيين، ففي بيع مؤلف يكفي رؤية نسخة واحدة، وفي الحبوب والغلال يكفي رؤية اليسير منها إلى غير ذلك.

الثالث: وصف محل التعاقد وصفاً يحدد معالمه، ويزيل عنه الجهالة، وذلك ببيان الجنس والنوع والوصف، فإذا كان المتعاقد عليه حبوباً يحدد الجنس ذرة أو قمحاً، وإذا كان ممن يحدد نوعه بلدي أو أمريكي، ويحدد وصفه أيضاً درجة نقائه وهكذا.

ولا خلاف بين الفقهاء على ضرورة هذه الشروط في كافة عقود المعاوضات المالية، كالبيع والرهن، والإجارة، لأن جهالة محل العقد في هذه المعاملات يفسد العلم ويؤثر على التراضي الذي هو جوهر الإيجاب والقبول أي الركن الرئيسي في العقد. أما في غير عقود المعاوضات المالية فبين الفقهاء خلاف.

ففي عقود المعاوضات غير المالية، كالزواج مثلاً فالأحناف والشافعية يرون وجوب اشتراط التعيين، أما المالكية فقد فرّقوا في هذه العقود بين الجهالة اليسيرة والجهالة الفاحشة، وأجازوا العقد في الأولى، وأبطلوا التعاقد في الثانية.

أما في عقود التبرعات، كالهبة والعارية فالشافعية يشترطون فيها أيضاً القدرة على التسليم أي ضرورة التعيين، ويرى الأحناف والمالكية أن شرط التعيين في عقود التبرعات لا لزوم له فتصح هذه العقود عندهم حتى مع عدم العلم بالمعقود عليه.

٢ ـ شبهات في محل العقد:

وهذه الشبهات تتعلق ببعض صور المعاملات الحديثة بل والقديمة التي يشتبه فيها أمر المحل بين الحل والحرمة، فهل يجري عليها التعاقد باعتبارها صالحة لثبوت حكم الشارع؟ أم أن المحل ممنوع التعاقد عليه.

ومن صور العقود التي تثور حولها الشبهات وحديثاً ما يلي:

أ ـ بنوك الدم:

وتقوم هذه المؤسسات الحديثة على جمع الدم تبرعاً أو معاوضة وحفظه في أماكن تبريد خاصة، ليحافظ على خصائصه، ويمكن الاستعانة به في الحالات الحرجة، وليس لدى الفقهاء القدامى رأي في ذلك، لأن الواقعة جديدة، وحكمها يحتاج إلى اجتهاد، وقد رأى بعض فقهائنا المعاصرين جواز بيع الدم وأخذه من جسم الإنسان البائع بالوسائل الحديثة، ونقله إلى الغير عند الحاجة، وقال «إن بعض الفقهاء أجاز بيع لبن المرضع بعيداً عن الثدي لضرورة إرضاع الطفل، ولعلنا نستطيع أن نرتب على ذلك «بيع الدم» إذ الحاجة قد تدعو إليه عند إنقاذ جريح قد استنفذت جراحه جزءاً كبيراً من دمائه وفي إباحته أكبر نفع وأعظم فائدة، فمن أباح بيع لبن المرضع فقد أباحه لأنه ينتفع به في إحياء الطفل، وفي هذا ضرورة تدعو إلى إباحته مراعاة للمصلحة»[(١)].

ب ـ بيع الأعضاء الآدمية[(٢)]:

يكاد يتفق الفقه الشرعي القديم على أن الإنسان محترم ومعصوم بجميع أجزائه فلا يجوز ابتذال هذه الحرمة بالبيع على حد تعبير «الكاساني» في «بدائع الصنائع».

وقد أعاد الفقهاء المعاصرون طرح موضوع بيع الأعضاء الإنسانية،

---

(١) د. محمد سلام مدكور: المدخل للفقه الإسلامي، المرجع السابق ٥٨٣.

(٢) د. محمد نعيم ياسين: بيع الأعضاء بحث بمجلة كلية الحقوق بالكويت وهو بحث مهم. مارس سنة ١٩٨٧.

وكذلك جلد الإنسان، وأيضاً زرع الأعضاء كالقلب والعين، ويرى الدكتور «سلام مدكور»[1] جواز سلخ قطعة من جلد الإنسان ليرقع بها جسم آخر شوهته الحوادث والأمراض، مراعاة للمصلحة واستناداً إلى الضرورة.

وينتهي الدكتور «محمد نعيم ياسين» في بحثه عن «بيع الأعضاء الأدمية إلى أنه يجوز بيع الأعضاء الآدمية»، وأنه ما دامت الحاجة هي مبرر الحكم بالجواز، فلا بد من أن يكون بالقيود والشروط الآتية:

الشرط الأول: أن لا يكون في بيعها تعارض مع الكرامة الآدمية، بحيث لا تكون الغاية من ذلك الربح والتجارة والتداول.

الشرط الثاني: أن يكون بيعها من أجل الانتفاع بها بمثل ما خلقت له، وأن لا تباع إلا لمن يعلم أنه يستعملها في ذلك.

الشرط الثالث: أن يدفع البائع ببيع عضوه مفسدة أعظم من فقد العضو نفسه.

الشرط الرابع: أن لا يكون بيع العضو متعارضاً مع نص شرعي خاص «كالشعر» أو مبدأ شرعي آخر غير ما ذكر «كمني الرجل».

الشرط الخامس: أن لا يكون هناك أية بدائل صناعية للأعضاء الآدمية تقوم مقامها وتغني عنها.

الشرط السادس: أن يكون البيع والشراء تحت إشراف مؤسسة متخصصة رسمية موثقة للتحقق مع توافر الشروط المتقدمة.

جـ ـ التبرع بالأعضاء الآدمية[2]:

وقد عرض له بالتفصيل د. «محمد نعيم ياسين» في بحثه «حكم التبرع بالأعضاء»، وانتهى بعد تحليل دقيق إلى ما يلي:

---

(١) محمد سلام مدكور المرجع السابق ص٥٨٣.

(٢) د. محمد نعيم ياسين، حكم التبرع بالأعضاء، مجلة الحقوق، الكويت عدد سبتمبر سنة ١٩٨٨.

أ ـ يجوز التبرع بما يتجدد من أجزاء الجسم كالدم ونخاع العظام والجلد بقيود تمنع الضرر عن المتبرع والمستفيد.

ب ـ لا يجوز التبرع بأي عضو يتوقف عليه استمرار الحياة، لأنه انتحار، وهو من أعظم الكبائر.

جـ ـ يجوز التبرع بعضو له مثيل صالح في الجسم إذا كان ذلك سبباً أكيداً لا نقاذ المستفيد من الموت.

د ـ يجوز أخذ الأعضاء من الميت بناء على وصيته، ولا يستثنى من ذلك سوى الأعضاء التي أثبت العلم أن لها دخلاً في الأنساب.

وهذا التحليل يعني جواز إسقاط حق الله فيما يتعلق بأعضاء جسد معين إذا تنازل صاحب العضو عن حقه، وكان هذا التنازل سبباً وحيداً لانقاذ مصلحة جسدية في إنسان آخر، أعلى في مرتبتها من المصلحة التي تفوت بتنازل العضو عن حقه، ذلك لأن حق الله لا يسقط إلا إذا تعين إسقاطه لحمايةِ حق آخر أولى بالرعاية، لكونه أعظم نفعاً للجماعة، ويشترط عندئذ أن لا يكون إسقاط حق الله سبباً في إسقاط حق العبد المتعلق به دون إرادته. لأن جسد الإنسان يتعلق به حق الله عز وجل وحق الآدمي، وهما حقان متلازمان في جسد الإنسان من حيث الوجود والعدم.

المطلب الثالث

صيغة العقد

صيغة العقد هي الإيجاب والقبول، وهي ركن العقد عند الأحناف وما عداها من عاقد ومعقود عليه فليست أركاناً وإنما من لوازم العقد، والإيجاب والقبول في الحقيقة هما أداة التعبير عن الرضا بالالتزامات التعاقدية. وقد عرّف «الكمال بن الهام» كلاً من الإيجاب والقبول بقوله «الإيجاب هو إثبات الفعل الخاص الدال على الرضا الواقع أولاً سواء وقع من البائع أو من المشتري، والقبول هو الفعل الثاني» فالإيجاب عند الأحناف ما صدر أولاً والقبول ما صدر ثانياً، وإلا فكل منهما إيجاب أي إثبات، وسُمّي الثاني قبولاً تميزاً له عن الرضا الصادر أولاً.

وذهب غير الأحناف إلى أن الإيجاب ما يدل دلالة ظاهرة على التمليك وإن جاء متأخراً، والقبول ما يدل على التملك وإن صدر أولاً.

ومثال الإيجاب والقبول عند الأحناف أن يقول شخص لآخر بعتك هذه السيارة بألف فيقول الثاني قبلت أي يعبر عن رضاه بالالتزام.

ومثال الإيجاب والقبول عند غيرهم أن يقول شخص لآخر هل تبيعني هذه السيارة فيقول الثاني نعم.

فالإيجاب هنا ما صدر من الثاني لأنه المملك والقبول ما صدر من الأول لأنه المتملك.

١ ـ شروط الصيغة:

يجب في الإيجاب حتى يعتد به وفي القبول حتى ينتج أثره الشروط الآتية:

أ ـ العلم بالإيجاب والقبول:

ولا يتحقق العلم إلا بإظهار الإرادة، لأن الرضا هو جوهر الإيجاب والقبول، فلا بد من التعبير عنه باللفظ قولاً وكتابة أو بالإشارة المفهمة، ولا بد أن يكون كلاً من الإيجاب والقبول، واضح الدلالة في التعبير عن إرادة المتعاقدين، ولا بد أن تكون مادة اللفظ، المستعمل للإيجاب والقبول في كل عقد تدل لغة أو عرفاً على نوع العقد المقصود من العاقدين. وتستوي في ذلك الدلالة المجازية والدلالة الحقيقية طالما كانت كافية للتعبير عن الإرادة قاطعة بمقصود العاقدين. فينعقد البيع بلفظ الهبة إذا اقترن بالثمن، وينعقد الزواج بلفظ الهبة إذا قرنِ بالمهر.

ب ـ موافقة القبول للإيجاب:

ليتحقق التعاقد، وتؤدي الصيغة دورها في إنشاء الالتزام العقدي لا بد من توافق القبول للإيجاب، والتوافق يشمل الكل والجزء فلو أعلن البائع أنه يريد بيع سيارته فلا يكون قبولاً أن يوافق الآخر على شراء محركات السيارة مثلاً، فلو قال شخص لآخر بعتك سيارتي وقال الثاني قبلت فهذا هو الإيجاب والقبول، وهذا هو التوافق، أي التطابق بين ما ورد به الإيجاب وما ورد عليه القبول.

ولو قال شخص لامرأة أتزوجك بألف فقالت قبلت بألفين هنا يسقط الإيجاب والقبول معاً، لاختلاف القبول عن الإيجاب. ولو قال رجل لآخر بعتك منزلي بألف نقداً، فقال الآخر قبلت البيع بالتقسيط لم ينعقد البيع لعدم توافق الإيجاب والقبول.

فالإيجاب إذن إعلان محدد بموضوعه وكيفه ونوعه، ولا بد أن يكون القبول مطابقاً له، فإذا اختلف القبول عن الإيجاب زيادة أو نقصاً أو تعديلاً، كان إيجاباً جديداً يحتاج إلى قبول يتوافق معه.

والقبول الصريح والضمني سواء في صلاحيتهما لإتمام التعاقد طالما كان القبول رداً وافياً على الإيجاب فإذا توافق معه ارتبط به.

جـ ـ اتصال القبول بالإيجاب:

واتصال الإيجاب والقبول هو المجال الذي نشأت فيه فكرة مجلس العقد في الفقه الشرعي، فقد قرر فقهاء الأحناف والمالكية والحنابلة، أن الاتصال يتحقق بإنشاء القبول في مجلس العقد سواء كان القبول فورياً أي جاء عقب الإيجاب مباشرة أو تراخي فجاء بعده بزمن ومجلس العقد هو المساحة الزمنية التي يجوز فيه الاتصال بين القبول والإيجاب.

واشترط الشافعية لاتصال الإيجاب الفورية، أي أن يتعاقب الإيجاب والقبول بلا فاصل بينهما بحديث أو فعل وإلا كان ذلك إعراضاً يبطل الإيجاب، وينهي أثر القبول.

وإيضاح ذلك يختصر في بيان الأمور التالية:

الأمر الأول: مجلس العقد:

مجلس العقد فكرة خصبة جاء بها الفقه الشرعي، وظيفته تحقيق التريث والتروي حتى يفكر القابل في الإيجاب فيكون القبول محققاً لمصالح الطرفين من التعاقد. لأن أية معاملة تحتاج إلى التفكير في جدواها وأعبائها واحتمالات الكسب والخسارة فجاءت فكرة مجلس العقد لتعطي فسحة زمنية للقابل حتى يفكر ويتدبر: والمراد بمجلس العقد زمان اشتغال كل من العاقدين بموضوع التعاقد شروطه، أحكامه، آجله وعاجله إلى غير ذلك مما يدور بين المتعاقدين.

فمجلس العقد بين الحاضرين مكان وجودهما معاً، وبين الغائبين مكان وصول الرسول أو قراءة الخطاب الذي فيه الإيجاب، وفي التعاقد بالهاتف مجلس العقد هو زمان المحادثة الهاتفية، عشر دقائق عشرون أو أية فترة زمنية. وينتهي محل العقد بأعراض من وجه إليه الإيجاب صراحة أو ضمناً، كما ينتهي مجلس العقد بترك أحدهما له قبل إتمام التعاقد بصفة غير عارضة، أما رجوع الموجب عن إيجابه قبل القبول فيرى جمهور الفقهاء أنه ينهي مجلس العقد، ويرى المالكية أن الموجب ليس له الرجوع عند إيجابه قبل إعلان الطرف الآخر رأيه قبولاً أو رفضاً.

الأمر الثاني: ما يشترط فيه اتصال الإيجاب والقبول من العقود:

شرط اتصال الإيجاب والقبول ليس شرطاً عاماً في كل العقود فهناك من العقود ما تتنافى طبيعتها مع هذا الاتصال ومثال ذلك عقد الوصية، فإن القبول فيه لا يتأتى إلى بعد وفاة الموصي مصراً على وصيته، ومن ثم فلا بد من فاصل زمني بين الإيجاب والقبول قد يمتد سنين.

كما توجد بعض العقود التي يكون القبول فيها في غير مجلس العقد، ومثالها عقد الوكالة، إذ يجوز أن يكون الوكيل غائباً ولا يعلن قبوله إلا بعد علمه. وقد يكون ذلك بعد زمن يطول أو يقصر.

الأمر الثالث: خيار المجلس:

وهو خيار خاص بالعقود اللازمة للجانبين، والقابلة للفسخ وهي عقود المعاوضات المالية، كالبيع والإجارة والهبة بعوض، ويبدأ خيار المجلس بعد تمام العقد أي بعد توافق الإيجاب والقبول واتصالهما في مجلس العقد، وخيار المجلس معناه منح كلاً التعاقدين فرصة العدول عند موقفه وفسخ التعاقد ما لم يتفرق المتعاقدان بأبدانهما عن المجلس.

واختلف الفقهاء في خيار المجلس فيرى الأحناف والمالكية عدم مشروعية خيار المجلس لأنه ينافي لزوم العقد لعاقديه، ويرى الشافعية والحنابلة مشروعية خيار المجلس، ويستدلون بحديث رسول الله ﷺ «البيّعان بالخيار ما لم يتفرقا» وينتهي خيار المجلس بتفرق العاقدين بأبدانهما.

الأمر الرابع: مبطلات الإيجاب(1):

ينتهي الإيجاب نهاية طبيعية عندما يتلاقى ويتصل بالقبول فيتم التعاقد، ولكن عوارض أخرى قد ترد على الإيجاب فيبطل وينتهي أثره وهي:

ـ رجوع الموجب قبل القبول صراحة أوضحنا، صراحة بإعلانه الرجوع، وضمنا بإعراضه عن الحديث في موضوع التعاقد، وجمهور

---

(1) د. أحمد فراج: المرجع السابق ص١٥٤.

الفقهاء على أن للموجب الرجوع عن إيجابه في مجلس العقد، ويرى المالكية أن الإيجاب يتقيد بالمجلس، وبما يقيد به الموجب نفسه وبالعرف، وعلى ذلك يكون الإيجاب ملزماً لصاحبه، ولا ينتهي إلا بانتهاء مجلس العقد بإعراض من الذي وجه إليه الإيجاب أو انصرافه عن المجلس أو إفصاحه عن عدم القبول صراحة.

وإذا قيد الموجب نفسه بمدة، بأن حدد إيجابه بزمن معين يقبل فيها الطرف الآخر العقد أو يرفضه لزمته المدة حتى بعد انتهاء المجلس ويبقى الإيجاب إلى نهاية الزمن الذي حدده الموجب، وأخيراً يتقيد الإيجاب بما يجري عليه العرف إذا جرى على تقييد الإيجاب بمدة معينة، كما في إعلانه الرغبة في الزواج فقد جرى العرف أن يتريث الطرف الآخر حتى يسأل ويستوثق.

ـ موت أحد العاقدين قبل القبول أو زوال أهليته:

فيبطل الإيجاب بموت الموجب قبل القبول، لأن الموت يزيل الإيجاب والجنون يفقد الأهلية. وكذلك يبطل الإيجاب بموت الآخر لأن خيار القبول لا يورث، ويبطل بجنونه لأن عبارة المجنون ملغاة. فقبوله لغو لا ينعقد به العقد.

ـ رفض الإيجاب، لأنه رد له سواء جاء صرحاً أو ضمنياً.

ـ هلال المبيع أو تغير صفته: فلو هلك المبيع كلياً أو جزئياً أو تغيرت صفته كأن كان ثمراً ففسد، أو لحوماً وفقدت صلاحيتها وكان ذلك قبل القبول بطل الإيجاب لزوال المعقود عليه.

٢ ـ صور الصيغة:

الصيغة هي تعبير عن الإرادة، وإعلان للرضا، ولا بد للرضا المنتج لأثره أن يتجسد في سلوك خارجي وفي ذلك يقول «محمد بن الحسن» «فإذا رضي الذي له الخيار بالبيع بقلبه من غير أن يقول قولاً، أو يصنع شيئاً يوجب البيع، فإن الرضا له، بالقلب ليس بشيء، ولا يكون رضا بالقلب ـ أي معتبراً في العقود ـ حتى يتكلم، أو يعمل عملاً يعرف أنه قد رضي بعمله ذلك».

فالرضى لا يكون بالنية وإنما بالسلوك الخارجي الذي يأخذ عدة صور فقد تكون الصيغة لفظاً أو كتابة أو إشارة أو فعلاً، وكل هذه الصور تصلح ـ مع تفاصيل يذكرها فقهاء المذاهب ـ للتعبير عن الإرادة، وللإفصاح عن الإيجاب والقبول.

أ ـ الألفاظ:

الأصل أن الألفاظ ـ وهي النطق باللسان ـ هي أداة التعبير عن الإرادة، والإعلان عن الرضا، فبها يتحقق الإيجاب والقبول بلا خلاف بين الفقهاء، بل إن الشافعية يرون اللفظ هو الأساس في التعاقد، لأنه الطريق المعتاد والطبيعي في التعامل لأن الكلام هو أساس التفاهم والتواصل.

فإذا جاء اللفظ بصيغة الماضي وهي تفيد الإخبار والإنشاء صح الإيجاب والقبول وبالتالي التعاقد دون حاجة إلى نية أو قرينة. وإذا جاء اللفظ بصيغة المضارع وصحبته النية على إنشاء العقد صح الإيجاب والقبول، وانعقد العقد في الحال، أما إذا لم تصاحبه النية، فلا ينعقد العقد، كذلك لا يتم الإيجاب والقبول إذا صيغا في عبارة استفهامية.

أما صيغة الأمر فلا ينعقد بها العقد إلا إذا كانت الصيغة دالة على التملك والتحليل. واستثنى الفقهاء من ذلك عقد الزواج فقالوا أن ينعقد بصيغة الأمر.

وكل الألفاظ صالحة للتعبير عن الإرادة لأن العبرة في العقود بالمعاني لا بالألفاظ والمباني، واستثنى الفقهاء منذ ذلك عقد الزواج الذي لا يصح إلا بألفاظ معينة، على اختلاف بين المذاهب فيما ينعقد به الزواج من الألفاظ.

ب ـ الإشارة:

الإشارة أداة إفهام حين يتعذر الكلام، وهي وسيلة تعبير الأخرس عن مراده، سواء كان انعدام النطق طارئاً أو قديماً، ويتساويان في الحكم عند الفقهاء متى كان الشفاء ميئوساً منه، فالتعبير باللفظ لا يصح العقد بغيره للقادر عليه فإذا انعدم الأصل صار العمل بالبدل وهو الإشارة، وإشارة

الأخرس المفهمة يتم بها التعاقد باتفاق الفقهاء. طالما كان لا يعرف الكتابة، واختلفوا في الأخرس الذي يكتب، فجمهور الفقهاء يسوي بين الإشارة والكتابة بالنسبة للأخرس فتنعقد معاملاته بهما دون تفضيل إحداهما على الأخرى، ويرى الشافعية في قول والأحناف في رواية، أن الأخرس الذي يعرف الكتابة، لا يتحقق إيجابه وقبوله بالإشارة، لأن الكتابة دليل أقوى على المقصود.

جـ ـ الكتابة :

الكتابة من صور الإفصاح عن الإرادة وهي في الرأي الراجح عند فقهاء المذاهب يصح التعاقد بها بين الحاضرين في كافة العقود عدا عقد الزواج، ويصح التعاقد بها بين الغائبين في كافة صور العقود.

والكتابة نوعان: كتابة مستبينة لا تحتاج إلى النية فقوتها تكفي للتعاقد، وكتابة غير مستبينة لا يقوم بها الإيجاب والقبول إلا بنية مصاحبة.

د ـ التعاطي :

التعاطي مبادلة فعلية تدل على الرضا من غير أن يقترن به اللفظ بإيجاب أو قبول.

والتعاطي ينعقد به العقد سواء كان التناول من الجانبين كالذي يعرض سلعة فيأخذها الآخر ويدفع الثمن، ويقوم العقد أيضاً ولو كان التعاطي من جانب واحد ويستوي في ذلك الإيجاب والقبول.

ويجري التعاطي في عقود المعاوضات وعقود التبرعات، واستثنى الفقهاء من ذلك عقد الزواج فلا ينعقد بالتعاطي باتفاق المذاهب الإسلامية. فمن دفع مهراً ولم يعلن إيجاباً لا يقوم به عقد زواج لو قبلت المرأة. ولو قالت له زوجني نفسك فصافحها لا تكون المصافحة قبولاً. فأهمية عقد الزواج تقتضي تبرئته من الاحتمال، فهو عقد يثبت به حل العلاقة بين الرجل والمرأة، ويثبت به المصاهرة والنسب والميراث، فلا بد من القطع بوجوده، والرضا الصريح بالألفاظ المحددة لصيغته.

٣ ـ الشروط المقترنة بالعقد(١):

ويقصد بها ما يمليه المتعاقدان عند إنشاء صيغة العقد من شروط يراها الطرفان، أو يطلبه أحدهما ويوافق الآخر. وهي جزء من التعبير عن الإرادة لأن الرضا بالتعاقد لا يكتمل إلا بها عند وجودها. والفقه الإسلامي يقرر الشروط المقترنة بالعقد بوجه عام، ثم تختلف المذاهب بعد ذلك بين الإطلاق والتقييد ويمكن حصر الآراء الفقهية في الشروط في ثلاثة اتجاهات:

أ ـ الاتجاه المُضيق للشروط:

ويمثله الظاهرية، فهم لا يجيزون من الشروط المقترنة بالعقد إلا الشرط الذي عينه الشارع ونص على إباحته، كما إذا اشترط المشتري في عقد البيع عدم الخديعة وذلك لقوله ﷺ «إذا بايعت فقل لا خلابة» وقد حدد «ابن حزم» الظاهري الشروط الجائزة المقترنة بالعقد في سبعة، وما عداها إذا اقترن بالعقد يبطل العقد والشرط معاً. ودليلهم في ذلك ما روي عن عائشة رضي الله عنها أن الرسول ﷺ قال «أما بعد: فما بال أقوام يشترطون شروطاً ليست في كتاب الله، ما كان من شرط ليس في كتاب الله عز وجل فهو باطل، وإن كان مائة شرط، كتاب الله أحق، وشرط الله أوثق».

ب ـ الاتجاه الموسع للشروط:

وقال به بعض الحنابلة، وتبناه ودعا إليه «ابن تيمية»، فهم يرون إباحة كل الشروط للمتعاقدين إلا في حالتين:

الحالة الأولى: إذا كان الشرط مخالفاً لمقتضى العقد، كالمرأة التي تتزوج بشرط عدم الدخول.

الحالة الثانية: إذا كان الشرط مخالفاً لأمر الشارع، كنهي الرسول ﷺ

---

(١) يراجع في هذا ما يلي:

أ ـ د. زكي الدين شعبان: الشروط المقترنة بالعقد: دار النهضة العربية القاهرة سنة ١٩٥٨.

ب ـ د. علي حسن الشاذلي: نظرية الشرط في الفقه الإسلامي، القاهرة سنة ١٩٧٤.

عن بيع صفقتين في صفقة واحدة، فلا بد من تفرق الصفقات ليصح العقد، فإذا جاء الشرط مخالفاً لمقتضى العقد بطل الشرط وصح العقد، وإذا جاء الشرط مخالفاً لأمر الشارع بطل العقد والشرط معاً، أو بطل العقد وكل ما يترتب عليه من آثار وما صاحبه من شروط.

جـ ـ الاتجاه المعتدل:

ويقول به جمهور الفقهاء الأحناف والمالكية والشافعية، مع خلاف بينهم في تحديد هذه الشروط، ويكفي أن نشير إلى موقف الأحناف.

يقسم فقهاء الأحناف الشروط إلى ثلاثة أقسام:

القسم الأول: الشروط الصحيحة. ويكون الشرط صحيحاً إذا جاء موافقاً لمقتضى العقد، أو كان مؤكداً لمقتضى العقد، وكان شرطاً جاء به الشارع، أو شرطاً جرى به العرف في التعامل[1]، فكل هذه الشروط صحيحة في نظر الأحناف، وإذا اقترنت بالعقد كلها أو بعضها وجب الوفاء بها.

القسم الثاني: الشروط الباطلة: وهي التي جاءت عكس الشروط الصحيحة، فلا هي تؤكد العقد، ولا أمر بها الشارع، ولا جاء بها العرف، ولا يتحقق من اشتراطها فائدة، لذلك كان اشتراطها لوناً من العبث بوظائف العقود أو أوامر الشارع، والشروط الباطلة ملغاة عند الأحناف ولا يجب الوفاء بها، أما العقد نفسه الذي اقترن به الشرط الباطل فهو عقد صحيح منتج لآثاره.

القسم الثالث: الشروط الفاسدة، وهي الشروط التي ليست من الشروط الصحيحة بالصور التي أجازها الأحناف، ولكن لا يخلو اشتراطها من فائدة لأحد العاقدين أو لكليهما، وحكم الشروط الفاسدة، أنها تفسد العقد والشرط في عقود المعاوضات المالية، أما فيما عدا ذلك من العقود، فيصح العقد ويلغى الشرط.

---

(١) لا يقرر الإمام زفر من الأحناف الشرط الذي يجري به العرف.

وسر التفرقة بين عقود المعاوضات المالية وغيرها من العقود، أن تصحيح العقد في عقود المعاوضات المالية، قد يترتب عليه الإخلال بالتوازن في العوضين، إذ ربما لاحظ المتعاقدان الشرط أثناء التعاقد فتأثرت به المعاوضة.

المبحث الثاني
في أحكام العقد

تختلف أحكام العقد بحسب تقسيماته وأنواعه، وحسب ما يصيبه من عيب ويلحقه من وهن وضعف، وأيضاً تختلف العقود فيما يرد عليها من شروط وخيارات.

ويجيء هذا المبحث في مطالب ثلاثة:

المطلب الأول: أقسام العقد.

المطلب الثاني: عيوب العقد.

المطلب الثالث: الخيارات.

المطلب الأول

أقسام العقد

من معاني حكم العقد، ما يكون للعقد من وصف يرجع إلى ترتب آثاره عليه أو عدم ترتبها، والتزام العاقدين به أو عدم التزامهما فيقولون حكم هذا الزواج باطل لا تترتب عليه آثاره، وحكم هذا البيع أنه موقوف ممن له الشأن فيه، وحكم عقد الوكالة أنه غير لازم لكل من طرفيه أن يستقل بفسخه، وحكم عقد الإجارة أنه لازم، ليس لأحد طرفيه أن ينفرد بفسخه[1]، فالحكم بهذا الاعتبار هو الذي تتأسس عليه فكرة تقسيمات العقود وأنواعها.

١ ـ العقد الصحيح والعقد غير الصحيح:

ومناط هذا التقسيم ترتب أو عدم ترتب آثار العقد.

أ ـ العقد الصحيح:

ينقسم العقد عند جمهور الفقهاء مالك والشافعي وأحمد إلى قسمين فقط هما، العقد الصحيح، والعقد الباطل.

ويقصدون بالصحيح ما استجمع أركانه واستكمل شرائطه على وجه يرتب عليه الشارع آثاره وأحكامه، أو هو العقد الذي كان سبباً صالحاً لترتب آثاره الشرعية عليه.

والأحناف لهم تقسيم ثلاثي للعقد، فهو عندهم، صحيح، وباطل، وفاسد.

والعقد الصحيح عند الأحناف هو ما سلمت أركانه العاقدان والمعقود

---

(١) علي الخفيف: أحكام المعاملات الشرعية ط١ ١٩٤١ ص٢٧٠ وما بعدها.

عليه من الخلل، ولم يرد من الشارع نهي عنه، فيكون العقد صادراً ممن هو أهل لمباشرته، ويكون المعقود عليه قابلاً للحكم ولم يتصل بالعقد وصف من الأوصاف التي نهى الشارع عنها، كتغرير أو جهالة فاحشة مفضية لنزاع بين العاقدين، فعقد البيع مثلاً إنما يكون صحيحاً إذا ما تولاه عاقدان مميزان، وكان المعقود عليه قابلاً لحكم العقد بأن كان مالاً متقوماً، ولم يلابس العقد وصف نهي الشارع عنه فلا يكون البيع مثلاً موقوتاً بزمن، ولا يكون في البيع غش وتدليس وخداع، ولا تكون في المبيع جهالة فاحشة، ولا يكون في الثمن ما يجعله غير متقوم إلى غير ذلك من الأوصاف التي نهى عنها الشارع، وعقد الزواج إنما يكون صحيحاً إذا ما سلمت أركانه من الفساد والخلل فصدر العقد ممن هو أهل له، وكان المعقود عليه وهو المرأة قابلاً لحكم العقد، ولم يقترن بهذا العقد وصف كرهه الشارع فنهى عن العقد لأجل هذا الوصف، كالزواج بغير شهود، أو الزواج من امرأة محرمة على العاقد بأي سبب من أسباب التحريم.

ب ـ العقد الباطل:

العقد الباطل عند جمهور الفقهاء يشمل الباطل والفاسد عند الأحناف ويقصدون به العقد الذي لا يرتب الشارع عليه آثاره لسبب راجع إلى أركانه أو أوصافه. فالجمهور يرون أن العقود التي شرعت بأصلها ووصفها عقود صحيحة عندهم، وهي كذلك صحيحة عند الأحناف، أما العقود التي لم تشرع بأصلها ووصفها، أو أصابها فساد في أوصافها فنهى عنها الشارع، فهي جميعاً عندهم عقود باطلة. لأن النهي من الشارع سواء جاء ابتداء أو بعد حدوث الخلل في الوصف، يجعل العقد المنهى عنه في حكم العدم، لأن النهي يعني عدم إقرار الشارع لهذا العقد، فأي أثر يترتب عليه بعد ذلك يمثل اعترافاً بوجوده يتنافى مع نهي الشارع.

أما الأحناف فإنهم يقسمون هذه العقود إلى نوعين:

النوع الأول: العقد الباطل: وهو العقد الذي لم يشرع لا بأصله ولا بوصفه، فهو عقد لا وجود له في نظر الشارع لوجود خلل في ركنه أو محله، والخلل في الركن يكون بعدم أهلية العاقدين أو أحدهما للتصرف

فعقود المجنون والصبي غير المميز عقود باطلة لا تنعقد أصلاً لاشتراط أهلين المتعاقدين في انعقاد العقد، وعدم قابلية المعقود عليه لحكم العقد معناه حصول خلل في محل العقد وذلك كبيع السجد، أو بيع المال غير المتقوم كالخمر والخنزير، فالعقد الباطل عند الأحناف إذن هو العقد الذي فقد أي شرط من شروط انعقاده وحكمه ألا يترتب عليه أي أثر من الآثار الشرعية. لأنه في الشرع عقد لا وجود له، وعدم الانعقاد شرعاً لا ينافي - كما يقول الشيخ علي الخفيف[1] - أن يكون للعقد صورة في الخارج، وهو ما يسمى بالوجود الحسي، فإذا ما تبايع مجنونان وجدت صورة العقد ووجد العقد حساً، إذ يراد بالوجود الحسي ما يدركه الحس «السمع والبصر» من كلام العاقدين أو كتابتهما مما يتكون منه العقد في الخارج. وإذن فالعقد الباطل ما لم يشرع أصلاً، أو ما لم يعتبره الشارع موجوداً وإن وجدت له صورة في الخارج، ولذا لا يصح أن يترتب عليه أي أثر من آثاره، والعلة إذا انعدمت لم يكن لها أثر.

النوع الثاني: العقد الفاسد: وهو ما كان مشروعاً بأصله باطلاً بوصفه، فلم يتطرق الخلل والفساد إلى أركانه، ولا إلى محله وإنما تطرق إلى أوصافه فقط، وذلك كجهالة المبيع، أو جهالة الثمن، أو جهالة مدة الأجل في البيع بالتقسيط، أو جهالة مدة خيار الشرط. أو كبيع ما لا قدرة للبائع على تسليمه، ومن العقود الفاسدة أيضاً العقد المقترن بشرط فاسد، والعقد الفاسد واجب الفسخ، وإذا لم يقم بذلك المتعاقدان من تلقاء أنفسهما قام القاضي بفسخ هذا العقد جبراً عليهما لأن الفسخ هنا من باب الحسبة وهي إزالة المنكر، وهو واجب على القاضي فعله. فالعقد الفاسد عند الأحناف له ناحيتان إحداهما صحيحة مشروعة معترف بها من الشارع وهي ناحية أصله أي أركانه ومحله، وثانيتهما معيبة غير مشروعة للنهي عنها وهي ناحية صفته التي وجد عليها، ولذلك قيل في تعريف العقد الفاسد ما شرع بأصله دون وصفه، وقيل في تعريف العقد الباطل ما لم يشرع كلية لا

(١) المرجع السابق ص٢١٢.

بأصله ولا بوصفه، وقيل في تعريف العقد الصحيح أنه ما شرع بأصله ووصفه. والعقد الذي لا يكون مشروعاً بأصله لا يكون مشروعاً بوصفه، أما العقد الذي لا يكون مشروعاً بوصفه فقد يكون مشروعاً بأصله وهذا هو العقد الفاسد عند الأحناف.

والذي يتأمل فروع الفقه الإسلامي خاصة في تطبيقات السنة يرى أن تقسيم الأحناف أكثر دقة من غيرهم، لأن العقد الفاسد الذي لم يشرع بوصفه وإن كان مشروعاً بأصله، لا يمكن إلحاقه بالعقد المعدوم، لأن الشارع في بعض الحالات يرتب آثاراً على عقد لم يشرع بوصفه، فقد نهى الرسول ﷺ عن طلاق المرأة وهي حائض، ونهى القرآن عن البيع عند صلاة الجمعة، فإذا تم البيع أو الطلاق، فإن الشارع يرتب على هذا الطلاق أو البيع آثاره، وإلا لما أمر رسول الله ﷺ ابن عمر بمراجعة امرأته التي طلّقها وهي حائض، لأن الرجعة لا تكون إلى عن فرقة وقعت بين الزوجين، وهذا يدل على اعتبار الشارع لهذا التصرف مما يدل على أن الفساد راجع إلى وصف العقد لا إلى العقد نفسه، إذ لو كان الفساد راجعاً إلى العقد نفسه لما رتب عليه الشارع شيئاً من الأحكام والآثار. ويلاحظ أن تقسيم الأحناف العقد إلى صحيح وباطل وفاسد يجري في عقود المعاوضات المالية، أما في الزواج فلا فارق عندهم بين عقد فاسد وعقد باطل من حيث الأثر، وذلك يرجع إلى أن الزواج يحمل معنى العبادة فهو قربة إلى الله تعالى، والعبادات لا فارق فيها بين الفاسد والباطل، فكلاهما منهى عنه، والعبادة لا تكون بشيء نهى عنه الشارع.

ب ـ أقسام العقد الصحيح:

ينقسم العقد الصحيح إلى نوعين العقد الموقوف والعقد النافذ:

النوع الأول: العقد الموقوف:

وهو العقد الذي يصدر من شخص هو أهل لمباشرته ولكنه لا ولاية له على إنشائه كعقد الفضولي والصبي غير المميز، وحكم هذا العقد أنه ينعقد صحيحاً ولكنه لا يكون لازماً وتترتب عليه آثاره وأحكامه إلا بإجازة

صاحب الشأن، والعقد الموقوف صحيح عند الأحناف والمالكية، باطل عند الشافعية، ولعل هذا الخلاف في الحكم أن الأحناف نظروا إلى العقد ذاته فرأوا أنه قائم بأصله، فهو موجود لأن مرحلة الوجود سابقة على الآثار، أما الشافعية فقد نظروا إلى أوصافه ورأوا أن نهي الشارع يبطل العقد، وصدوره ممن لا ولاية له يجعله معدوماً.

ورأى الأحناف أعمق في نظرته إلى تحليل العقد، لأن وجود الشيء سابق عقلاً وفعلاً على وجود أثره، فإذا تراخى الأثر فلا يرتد ذلك على الوجود بالنفي، ولكن إذا انعدم الأثر ـ بعدم الإجازة ـ أصبح العقد الموقوف كأن لم يكن.

النوع الثاني: العقد النافذ: وهو الذي صدر ممن له ولاية إصداره وإنشائه، وحكم العقد النافذ أنه تترتب عليه آثاره في الحال.

والعقد النافذ ينقسم أيضاً إلى صورتين:

الصورة الأولى: العقد اللازم: وهو العقد الذي لا يستقل أحد العاقدين بفسخه، ومثالها عقود المعاوضات المالية البيع والإجارة والمزارعة، والعقود التي تشتبه بالمعاوضة كالخلع والزواج.

واللازم من العقود له صور مختلفة:

ـ عقود لازمة لا تقبل الفسخ مطلقاً كالخُلع وهو من أسباب الفرقة في عقد الزواج.

ـ عقود لازمة نقبل الفسخ باتفاق الطرفين كالبيوع وغيرها.

ـ عقود لازمة ولكنها تكون غير لازمة بشرط فيها، وذلك كالبيع بشرط الخيار، فإنه لا يلزم إلا بعد انقضاء مدة الخيار.

الصورة الثانية: العقد غير اللازم: وهو الذي يستقل أحد الطرفين بفسخه وله حالتان:

الأولى: عقود غير لازمة بالنسبة للطرفين المتعاقدين، وذلك كعقود الوكالة والعارية والوديعة، والإيصاء وغيرها.

الثانية: عقود غير لازمة لأحد العاقدين: ومثالها عقد الرهن والكفالة، فعقد الرهن غير لازم للمرتهن وله حق فسخه ورد العين المرهونة، ولكنه لازم للراهن.

والكفالة أيضاً لازمة بالنسبة للكفيل وغير لازمة بالنسبة للمكفول له الذي يستطيع أن يبرىء الكفيل في أي وقت، وله أن يفسخ الكفالة.

واللزوم يثبت لعقود المعاوضات المالية بعد إتمام العقد مع خلاف بين المذاهب، فعند الأحناف والمالكية يثبت اللزوم بمجرد إنشاء العقد حتى ولو لم يتفرق المتعاقدان، وعند الشافعية والحنابلة لا يلزم العقد إلا بتفرق العاقدين من مجلس العقد. فالعقد إذن قبل تفرق عاقديه وقبل انتهاء مجلسه، عقد غير لازم لكل واحد من المتعاقدين فسخه، ما دام المجلس قائماً استناداً إلى قول رسول الله ﷺ «إذا تبايع الرجلان فهما بالخيار ما لم يتفرقا».

والخلاصة أن العقد إذا صدر مستوفياً لأركانه وشروط صحته، وشروط نفاذه ولزومه، صح وترتبت عليه آثاره، وكان تعبيره عن إرادة صاحبه بالقدر الذي يتطلبه الشارع، ولا يفرق غير الأحناف في مجال التعبير عن الإرادة بين الرضا والاختيار فكلاهما قصد إلى الفعل سواء كان قولاً أو عملاً، فإذا تجرد الفعل من القصد المعتبر كفعل المجنون والصغير فلا تصح الإرادة، ولا يقوم العقد، ويفرق الأحناف بين الاختيار والرضا، فالاختيار عندهم هو القصد إلى سبب وجود العقد، والرضا هو في تحقيق آثار العقد، وقالوا إن إنشاء العقد لا يستلزم بالضرورة الرضا بآثاره، وإن وجود الرضا يستلزم حتماً وجود الاختيار، لأن الرضا عبارة عن اختيار بلغ نهايته ووصل إلى غايته، وهذه التفرقة عندهم تظهر في صحة عقد المكره، لأن اختيار المكره موجود والذي انعدم هو الرضا.

٢ ـ تقسيم العقود من حيث آثارها(١):

تنقسم العقود من ناحية آثارها إلى عدة مجموعات هي:

---

(١) د. أحمد فراج: الملكية ونظرية العقد، المرجع السابق ص٢٨٠ وما بعدها.

أ ـ عقود التمليكات:

وهي التي يقصد منها تمليك العين أو تمليك المنفعة أو هما معاً وتنقسم إلى نوعين:

النوع الأول: عقود المعاوضات: وهي التي تقوم على التبادل وتفترض التزامات متقابلة بين الطرفين، ومثالها البيوع، والشركات وغيرها.

النوع الثاني: عقود التبرعات: والتمليك فيها يكون بلا مقابل ولا يفرض التزاماً على الطرف الآخر كالهبة بلا عوض، والإعارة والوصية وغير ذلك.

ب ـ عقود الاسقاطات:

وهي التي يقصد منها إسقاط حق للإنسان على غيره سواء كان بمقابل أو دون مقابل، وسواء كان العتق مالياً أو غير مالي، ومثال ذلك إسقاط حق الشفعة، وإبراء المدين من الدين. والطلاق نظير مال تدفعه الزوجة.

جـ ـ الإطلاقات:

وهو تفويض لآخر بأن يقوم بعمل مع إطلاق يده في التصرف، كعقود الوكالة والإيصاء، والإذن للمحجور عليه في التصرف بأن يمارس التجارة.

د ـ الشركات:

وهي العقود التي يترتب عليها الاشتراك في نتائج العقد، ومنها عقود الشركات جميعها وبكافة صورها.

و ـ التوثيقات:

وهي العقود التي يقصد بها التأكد من الحصول على الحق كالكفالة والرهن.

هـ ـ عقود الحفظ:

وهي التي يقصد بها في الأصل حفظ المال، كعقد الوديعة وعقد الحراسة.

٣ ـ أقسام العقود من حيث الصيغة:

صيغة العقد هي الإيجاب والقبول، وتنقسم العقود باعتبارها إلى ثلاثة أنواع هي:

أ ـ العقد المنجز:

وهو ما كان بصيغة تفيد وجود العقد ووجود أحكامه في الحال، كعقود الزواج وعقود البيع، فهي عقود لا تنعقد إلا بصيغ تفيد وجودها وترتب آثارها بمجرد تمام الصيغة، أي بمجرد اتصال الإيجاب بالقبول.

ب ـ العقد المضاف:

وهو ما كانت صيغته تفيد وجود العقد في الحال وتفيد أيضاً تراخي آثاره إلى زمن مستقبل، كما يستأجر داراً على أن يبدأ في سكناها بعد شهر، أو بعد انتهاء التأثيث، فالعقد هنا تم ولكن آثاره تأخرت إلى زمن مستقبل، فليس للمستأجر السكن إلا بعد شهر، وليس للمؤجر المطالبة بالأجرة إلا بعد حلول الموعد المتفق عليه.

وتنقسم العقود بالنسبة إلى الإضافة إلى ثلاثة أقسام:

الأول: عقود لا تكون إلا مضافة كالوصية والإيصاء لأنهما لا يكونان إلا بعد وفاة الموصي.

الثاني: عقود تبطل مع الإضافة وهي التي تفيد تمليك الأعيان في الحال كالبيع والصلح على مال، والإبراء، والزواج.

الثالث: عقود يصح أن تكون مضافة وأن تكون منجزة، وهي العقود التي لا تتقيد بأن تكون أثارها في الحال، منها عقود الإسقاطات كالخلع، والإطلاقات كالوكالة، والتوثيقات كالكفالة والحوالة.

جـ ـ العقد المعلق:

وهو ما كان بصيغة ترتب وجود العقد على أمر يوجد في المستقبل. فإذا جاء التعليق على أمر موجود حين العقد كان التعليق صورياً. والعقد في حقيقته منجز، كالذي يقول لامرأته إن كنت ذهبت لبيت فلان أمس فأنت

طالق، وتكون المرأة قد ذهبت فيقع الطلاق في الحال، وإذا كان العقد معلقاً على ما يستحيل وجوده لا ينعقد العقد أصلاً، فإن كان المعلق عليه ممكن الوجود صح التعليق وإلا لا يصح.

وتنقسم العقود بالنسبة إلى التعليق إلى ثلاثة أقسام:

الأول: عقود لا تقبل التعليق مطلقاً وهي:

- كل عقود التمليكات.
- عقود المعاوضات غير المالية كالزواج والخلع.
- عقود التبرعات كالعارية والقرض.

الثاني: عقود تقبل التعليق بأي شرط مطلقاً وهي:

- عقود الاسقاطات المحضة كالطلاق، والتنازل.
- الوكالة والإيصاء والوصية.

الثالث: عقود يصح تعليقها بالشرط المتعارف عليه، أو الشرط الملائم والمناسب للعقد، ومثالها عقود الكفالة، والإمارة، والقضاء، وغير ذلك.

والأصل في العقود جميعها أن تكون منجزة وجمع العقود يصح تنجيزها إلا الوصية والإيصاء.

المطلب الثاني

عيوب العقد

عيوب العقد هي ما يلحق الإرادة من خلل، يعدم الاختيار أو يفسد الرضا، فتصبح الإرادة عديمة الأثر، ويصبح العقد غير صحيح. أي أن عيوب العقد مجالها صيغة العقد وهي الإيجاب والقبول، فقد يصدرا أو أحدهما عن إكراه، وقد يجيء الإيجاب عن تدليس أو يصدر القبول عن غلط، وقد يصحب الإيجاب أو القبول تغرير يفضي إلى الغبن في التزامات أحد الطرفين، فالعيوب في حقيقتها تلحق الإرادة، وترتد على المراد وهو العقد بإبطاله أو قابليته للابطال.

١ ـ الإكراه:

الإكراه في تعريفه العام هو «حمل الشخص على أمر يكرهه، ولا يريد مباشرته، لولا الحمل عليه» وفي مجال العقد هو إرغام الغير على التعاقد على أمر لا يلزمه شرعاً ولا رغبة له فيه، وسوف ندرس في إيجاز شروط الإكراه، وأنواعه وأثره.

أ ـ شروط الإكراه:

لا يتحقق الإكراه عند فقهاء الشريعة إلا مع توافر الشروط الثلاثة الآتية:

الشرط الأول: أن يكون المُكرِه قادراً على تنفيذ ما هدَّد به، وإلا كان الإكراه لغواً، لا إرغام معه، ولا تتأثر الإرادة به، ولا يعيب العقد وجوده.

الشرط الثاني: أن يكون الأمر المهدد به يُصيب المُكره في نفسه وماله، ومعيار الضرر هنا ذاتي يختلف من شخص إلى شخص.

الشرط الثالث: أن يكون التهديد عاجلاً: لأن التهديد الآجل توجد

فرصة لتفاديه من الشخص نفسه، أو بمساعدة السلطة العامة، فلا يكون عيباً يصيب التعاقد ويبطل العقد.

ب ـ أنواع الإكراه:

الإكراه درجة واحدة عند جمهور الفقهاء، ويقسمه أكثر فقهاء الأحناف إلى نوعين:

النوع الأول: الإكراه الملجىء: وهي ما يكون بتهديد الشخص في نفسه أو في عضو من أعضائه أو في جميع ماله، وهذا النوع من الإكراه يعدم الرضا ويفسد الاختيار ويبطل العقد به، لأنه يجعل المُكْره كالآلة يحركها المُكْرِه كيف يشاء، فكأن الفعل الصادر منه صادر من المُكْرِه نفسه.

النوع الثاني: الإكراه غير الملجىء: وهو ما يكون التهديد فيه بشيء يمكن احتماله وإن شق الصبر عليه، ومعياره ذاتي فما يشق على شخص قد لا يشق على غيره. وهذا الإكراه معدم للرضا غير مفسد للاختيار.

جـ ـ أثر الأكراه على العقد:

اختلف أثر الإكراه لدى فقهاء الشريعة إلى أربعة آراء:

الرأي الأول: وهو رأي أغلب فقهاء الأحناف، ويرون أن عقد المكره فاسد، وللمُكْرَه حق الخيار إن شاء أمضى العقد، وإن شاء فسخه.

الرأي الثاني: ويرى زفر من الأحناف أيضاً أن هذا العقد صحيح، ولكنه عقد موقوف على إجازة المُكْرَه. ورأيه هذا قريب من الرأي الأول، إلا أنه يحكم بصحة العقد لا فساده.

الرأي الثالث: وهو رأي فقهاء الشافعية والحنابلة والظاهرية، وعقود المُكْرَه عندهم باطلة لفقد أحد شروط انعقادها.

الرأي الرابع: يرى المالكية أن عقد المُكْرَه صحيح ولكنه غير لازم، إذ المكره مخير بين الفسخ والإجازة.

والتصرف إزاء حكم الإكراه قسمان:

الأول: التصرفات لا تقبل الفسخ وتصح مع الإكراه والهزل، كالزواج والطلاق والرجعة لقول الرسول ﷺ «ثلاثة جدهن جد وهزلهن جد» وذكر هذه الثلاثة وذكر العتاق في رواية أخرى، فهذا النوع من العقود لا يتوقف انعقاده صحيحاً لازماً على رغبة العاقد ورضاه، بل يتوقف على اختياره فقط لما فيه من حقوق الله تعالى، ولهذا فإذا صدرت عبارة العاقد صح العقد وترتبت عليه آثاره، ولا يؤثر في هذه العقود إكراه أو هزل.

الثاني: تصرفات تقبل الفسخ وهي عقود المعاوضات المالية، وهذه يصح فيها الإكراه.

٢ ـ الغلط:

هو الإدراك غير المطابق للواقع عند التعاقد، وقد يكون غلطاً في المعقود عليه، أو غلطاً في العاقد، ولكن الغلط في المعقوذ عليه هو ما اهتم به فقهاء الشريعة، وأفاضوا في عرضه وتحليله، ولذلك يمكن تعريف الغلط عندهم بأنه «مخالفة المعقود عليه في الجنس أو الوصف لما سماه العاقد» والغلط غير الجهل، لأن الجهل عدم، والغلط وجود مشوه وهذا يقتضي أن نعالج في إيجاز شروط الغلط وأنواعه وأثره في العقود.

أ ـ شروط الغلط:

يشترط في الغلط حتى يحدث أثره في التعاقد شرطان هما:

الشرط الأول: أن يكون متعاصراً مع الصيغة:

فإذا كان الغلط سابقاً على التعاقد ويعلمه المتعاقدان أو أحدهما ثم أقدم على التعاقد، فقد اختل الشرط الذي به يؤثر الغلط في التعاقد، والغلط هنا ليس المقصود به الغلط في التعبير، بل خطأ الإرادة الباطنة في تصور الواقع.

الشرط الثاني: أن يكون الغلط ظاهراً:

وظهور الغلط هنا يعني ظهور الأمارات الملموسة الدالة على وقوعه بالفعل، لأن ترك الإدعاء به إلى ضمير العاقد يؤثر على القوة الملزمة

للعقد، وليس بعيداً أن يدّعي كل عاقد لم يأت العقد على هواه أنه وقع في الغلط أثناء التعاقد، وشرط الظهور قد يتحقق من كلام المتعاقد نفسه، وقد يتأكد بالظروف المحيطة بالتعاقد.

ب ـ أنواع الغلط:

قلنا إن الغلط قد يكون في العاقد وقد يكون في المعقود عليه، وقد يكون في النصوص ذاتها، ولكن الفقهاء شغلوا بالغلط في المعقود عليه وهو عندهم ينقسم إلى قسمين:

الأول: غلط في جنس المعقود عليه:

ومثاله أن يشتري الشخص هذا الخاتم باعتباره ذهباً فإذا هو من معدن آخر ولكن عليه طلاء من الذهب، وأن يشتري ثوباً على أنه من الحرير فإذا هو ثوب قطني.

الثاني: غلط في وصف المعقود عليه.

ومثاله أن يشتري الشخص ياقوتة على أنها حمراء فإذا هي صفراء، هنا لا يوجد تفاوت في الجنس فالمعقود عليه من الياقوت، ولكن الخلاف في الصفة وهي اللون.

جـ ـ أثر الغلط على العقد:

إذا كان الغلط في جنس المعقود عليه فإن العقد باطل عند أغلب الأحناف لأنه يرد على محل معدوم، والعقد على المعدوم باطل، ويرى بعض الأحناف أن العقد في هذه الحالة فاسد أي قابل للبطلان، ولا فرق في الحكم بين عقد وآخر بل هذا الحكم عام في جميع العقود التي تقبل الفسخ والتي لا تقبله.

أما إذا كان الغلط في وصف المعقود عليه، فإن العقد يقع صحيحاً غير لازم، وللعاقد الذي ثبت غلطه خيار إمضاء العقد أو فسخه، والقاعدة التي بنى عليها الفقهاء أحكام هذين النوعين من الغلط هي أنه إذا اجتمعت التسمية والإشارة إلى المعقود عليه ثم ظهر حصول غلط لأن المشار إليه لا

تنطبق عليه التسمية، فإذا كان المشار إليه جنساً مغايراً لجنس المسمى كانت العبرة للتسمية والإشارة لاغية ويكون المعقود عليه هو المسمى وما دام المسمى غير موجود فالعقد باطل، أما إذا اتحد المسمى والمشار إليه في الجنس فإن العبرة تكون للإشارة ويكون المعقود عليه هو المشار إليه ويصح العقد ويصبح الوصف لاغياً غير أنه يكون للمشتري الخيار في إجازة العقد وفي فسخه لفوات الوصف الذي يرغب في وجوده.

والفسخ إنما يثبت للعاقد الذي حدث الغلط عنده في العقود التي لا تصح مع الغلط وهو العقود التي تقبل الفسخ، أما العقود التي لا تبطل مع الغلط بل تصح به فإن حق الفسخ لا يثبت له فيها عند الأحناف، ويثبت له فيها عند الإمام أحمد حيث لا يفرق بين عقد وآخر في ذلك. فإذا تزوج شخص امرأة على أنها بكر فإذا هي ثيّب كان العقد صحيحاً نافذاً عند الأحناف ولا يظهر لفوات هذا الوصف أثر عندهم إلا في الأمور المالية فلا يلزم الزوج إلا بمهر مثلها فيما لو سمى لها مهر أكثر منه، وقال أحمد بن حنبل إن الزوج في هذه الحالة من الغلط يكون مخيراً فإن شاء رضي بالزوجة مع فوات الوصف وإن شاء فسخ العقد.

٣ ـ الغبن:

الغبن نقص في البيع أو الشراء وهو في الاصطلاح أن يكون أحد البدلين في عقود المعاوضة أقل قيمة في الأسواق من البدل الآخر.

فمتى باع سيارته بألف وثمنها في الأسواق يجاوز الألفين فهذا غبن لحق به.

ونتناول الغبن بإيجاز من ناحية شروطه وأقسامه وأثره.

أ ـ شروط الغبن:

يشترط في الغبن حتى يؤثر بالسلب في العقود شرطان هما:

الشرط الأول: أن يتعاصر الغبن مع إنشاء العقد أو يكون سابقاً عليه ويستمر حتى قيامه، أمام الغبن اللاحق نتيجة اختلاف قيمة الصرف، أو انخفاض أسعار السلع. فهو لا أثر له.

الشرط الثاني: عدم علم الطرف المغبون به عند التعاقد، لأنه لو علم

وتعاقد كان العلم رضا مؤكداً لا يؤثر معه الغبن على التعاقد ولو كان فاحشاً.

ب ـ أقسام الغبن:

ينقسم الغبن باعتبار أثره في العقود إلى نوعين:

النوع الأول: الغبن اليسير:

وهو ما يمكن توقعه ويدخل على المعاملات في العادة دون يكون له أثر في العقد، فلو اشترى شخص جهاز تلفاز بألف ثم سأل أهل الخبرة فقالوا إن ثمنه تسعمائة، فهذا غبن يسير يتوقعه المتعاقدان وجرى به عرف الناس، وتسامحوا فيه فلا أثر له على التعاقد.

النوع الثاني: الغبن الفاحش:

وهو ما لا يدخل تحت تقدير أهل الخبرة والاختصاص، وقد حدده «محمد بن الحسن» بأنه ما يتجاوز نصف عشر القيمة.وهو تحديد يتعلق بالعصر واجتهاد قد يُؤخذ وقد يرد. والمعيار في الغبن ينبغي ألا يكون ذاتياً، بل هو موضوعي لأنه يتعلق بقيمة السلعة الحقيقية في الأسواق والثمن الذي اشتريت به بالفعل.

جـ ـ حكم الغبن:

أغلب الفقهاء على أن الغبن لا أثر له في العقود إلا إذا جاء ثمرة تعزير وتدليس، أما الذين يقولون بالغبن باعتباره عيباً في العقد فإنهم يفرقون بين الغبن اليسير وهو لا أثر له على صحة العقود إلا في القليل النادر، أما الغبن الفاحش فقد اختلف الفقهاء في أثره على العقود باختلاف المال الذي يرد عليه.

«فإذا ورد على مال موقوف أو مملوك لبيت المال أو لمحجور عليه فلا خلاف بين الفقهاء في أنه غير لازم ويجب فسخه حقاً للشارع إن لم يرفع الغبن لأن هذه التصرفات مقيدة بشرط النظر والمصلحة، وليس من النظر والمصلحة التصرف فيها بغبن فاحش يستوي في وجوب فسخها أن

يكون الغبن فيها نتيجة تغرير أو لا.

أما العقود الواردة على غير هذه الأموال فأرجح الأقوال أن الغبن الفاحش إن كان نتيجة تغرير من العاقد الآخر أو من يعمل لحسابه كالدلال والسمسار، فإن العقد يكون غير لازم، أي يثبت للعاقد فيه حق فسخه، لأنه مغرور بتغرير العاقد الآخر وخداعه فيكون له الخيار رفقاً به، وكما يكون المشتري مغبوناً مغروراً يكون البائع كذلك.

أما إذا لم يكن الغبن نتيجة تغرير من أحد العاقدين أو من يعمل لحسابه فلا يكون له أثراً على لزوم العقد، وليس للمغبون حق في فسخه، لأن أحداً لم يخدعه أو يضلله أو يحتال عليه وهو وحده يتحمل مغبة تقصيره ونتيجة عدم ترويه وسؤاله أهل الخبرة والمعرفة، فضلاً عن أن بيع القليل بالكثير وبيع الكثير بالقليل جائز شرعاً وكسبه طيب لا شبهة فيه ما دام بعيداً عن الغش والخداع[1]».

---

(١) د. أحمد خراج، المرجع السابق ص٣٠١ - ٣٠٢ والمراجع التي أشار إليها.

المطلب الثالث

الخيارات

الخيارات في لغة الفقهاء يقصد بها أن يكون للعاقد حق إمضاء العقد أو فسخه، وهي كثيرة عدّ منها العلامة «ابن عابدين» سبعة عشر خياراً، وقد أفردها الدارسون ببحوث وأطروحات جامعية.

١ ـ القواعد العامة في الخيارات:

هناك قواعد عامة تحكم كل الخيارات، وهناك قواعد خاصة وأحكام مستقلة تتناول كل خيار على حدة، والقواعد العامة في الخيارات هي:

أ ـ لا تكون الخيارات بجميع أنواعها إلا في العقود اللازمة التي لا يكون لأحد من العاقدين حق فسخها دون رضاء الطرف الآخر، أما العقود الغير لازمة فلا تدخل عليها الخيارات لأن الفسخ ثابت لأطرافها ابتداء.

ب ـ الخيارات مما يتداول بالميراث، فيرى الشافعية أن جميع الخيارات قابلة للوراثة، بينما مذهب الأحناف أنه لا يورث من الخيارات إلا خيار العيب وخيار التعيين، وسبب الخلاف في الخيارات اختلافهم في وراثة الحقوق، فمن أثبتوا وراثة الحقوق ـ كالشافعية ـ أثبتوا وراثة الخيارات، ومن نفى وراثة الحقوق ـ كالأحناف ـ قالوا لا وراثة في الخيارات.

جـ ـ العاقد الذي يثبت له الخيار يملك إجازة العقد ويملك فسخه، فهو مخير بين هذين الأمرين فإن أجاز العقد أصبح لازماً وترتبت عليه جميع أحكامه وإن فسخه زال العقد وبطل وجوده من غير حاجة إلى رضا العاقد الثاني أو صدور حكم من القضاء به.

والخيارات بهذا المعنى تنقسم إلى نوعين:

أ ـ النوع الأول: وفيه ترتبط الخيارات بإرادة العاقد إن شاء طلبها

لنفسه أو لغيره، وإن شاء امتنع، فهذا النوع من الخيارات لا يوجد، ولا تترتب عليه آثاره إلا إذا تم الاتفاق عليها بين العاقدين. وهذا القسم يستوعب خيار الشرط وخيار التعيين.

ب ـ **النوع الثاني**: والخيارات فيه لا ترتبط بإرادة العاقد، بل بأمر الشارع، فهي توجد بوجود أسبابها وليس لإرادة المتعاقدين دخل في إثبات الخيار أو نفيه، وأهم الخيارات التي من هذا النوع خيار الرؤية، وخيار العيب. وسوف نتناول هذه الخيارات الأربع بالتحليل الموجز.

أولاً ـ الخيارات الإرادية:

وهي كما قلنا يقررها المتعاقدان فإذا خلا منها العقد انتفت وإذا نص عليها وجدت.

١ ـ خيار الشرط:

وهو سلطة اتفاقية تمنح للعاقدين أو لغيرهما أو لأحدهما حق إمضاء العقد أو فسخه خلال مدة معينة.

فخيار الشرط لا يثبت إلى بالنص عليه في العقد، وقد يثبت للعاقدين أو لأحدهما، أو لغيرهما، وقد يثبت في كل الصفقة أو في جزء منها فهو صحيح في كل هذه الأحوال.

ويتميز خيار الشرط بأمرين هما:

الأول: أنه اتفاقي لا بد من النص عليه في العقد، ويرى الإمام مالك أن العرف قد يقرر خيار الشرط، فإذا جرى العرف على اشتراطه في نوع من البيوع تقرر خيار الشرط دون حاجة إلى الاتفاق عليه بين طرفيّ التعاقد، وذلك يقترب من النص لأن القاعدة الشرعية تنص على أن المعروف عرفاً كالمشروط شرطاً. ولا يشترط في خيار الشرط أن ينص عليه عند العقد بل يمكن إضافته بعد ذلك. وقد ثبتت مشروعية خيار الشرط بقوله ﷺ «لحبان بن منقذ» إذا بايعت فقل لا خلابة ولي الخيار ثلاثة أيام».

ومثال خيار الشرط أن يقول البائع للمشتري بعتك هذه الدار بعشرة

آلاف على أن يكون لي الخيار ثلاثة أيام إن شئت أجزت البيع وإن شئت فسخته.

الثاني: أن يكون معلوم المدة، وهذا الشرط متفق عليه عند فقهاء الشريعة، فلو ترك الخيار دون تعيين مدة فإن أكثر الفقهاء على أن الشرط يلغو ويصح العقد. وقد اختلف الفقهاء في أقصى مدة خيار الشرط.

فيرى أو حنيفة والشافعي إلى أنه أقصى مدة الخيار الشرط هي ثلاثة أيام، لأن الخيار استحسان على خلاف الأصل، وإجازته لضرورة، والضرورة تقدر بقدرها، خاصة وأن نص حديث رسول الله ﷺ حدد الخيار بثلاثة أيام. فينبغي الاقتصار عليها.

ويرى الإمام أحمد وأبو يوسف ومحمد من أصحاب أبي حنيفة أنه لا حد لأقصى مدة الخيار بل هي حسب الاتفاق طالت أم قصرت.

والرأي الأول أجدر بالتأييد لأن خيار الشرط من طبيعة استثنائية والاستثناء لا يقبل التوسع، بالإضافة إلى ثبوت المدة بالنص، والمفروض أن الاجتهاد لا يكون مع النص.

أ ـ مجال خيار الشرط:

لا مجال لخيار الشرط إلا في العقود اللازمة، وهو في ذلك يتفق مع جميع الخيارات، فالعقود غير اللازمة كالعارية والوديعة والوكالة بغير عوض لا مجال فيها لخيار الشرط.

ولا مجال لخيار الشرط في العقود اللازمة التي لا تقبل الفسخ بحال كالزواج والطلاق والخلع، لأن خيار الشرط يتنافى مع طبيعة هذه العقود، واقترانه بها يفسدها.

كذلك لا مجال لاقتران خيار الشرط بالعقود التي يشترط في صحتها القبض في المجلس كعقود الصرف والسلم، لأن القبض من أحكام هذه العقود لا تقوم إلا به.

ب ـ أثر خيار الشرط:

أهم أثر لخيار الشرط أن وجوده في أي عقد يجعله غير لازم بالنسبة لمن جُعل له الخيار خلال مدة الخيار فإن شاء أمضى العقد وإن شاء فسخه، والعاقد الذي جعل الخيار لنفسه إن أمضى العقد سقط الخيار، وإن فسخه إنهار العقد دون حاجة إلى حكم القاضي.

وإمضاء العقد وفسخه قد يكون صراحة وقد يجيء ضمناً، وقد فرق الفقهاء بين الصريح والضمني، واشترطوا علم العاقد الآخر في الفسخ الصريح لأنه مقصود، أما الفسخ الضمني فلا يشترط فيه علم العاقد، وقال أبو يوسف والشافعي إن الفسخ الصريح كالضمني يترتب عليه أثره ولو لم يعلم به العاقد الآخر، لأن الفسخ حق لمن جعل الخيار لنفسه، وليس من المعقول أن يتقيد الإنسان في استعمال حقه وأن يتوقف نفاذ استعماله لحقه على علم الآخر.

والرأي عندي أن خيار الشرط أساسه الاتفاق، ولا بد من علم الطرف الآخر من حصول الفسخ سواء كان الفسخ صريحاً أو ضمنياً.

وإذا كان خيار الشرط يمنع لزوم العقد باتفاق الفقهاء فإنهم اختلفوا في كونه مانعاً من ترتيب آثار العقد، فأكثر الفقهاء على أن الشرط يمنع من ترتب آثار العقد خلال مدة الخيار، ويرى أحمد والشافعي في قول عنده أن آثار العقد تترتب عليه فور إنشائه ولا أثر للخيار على أحكام العقد، والخلاف له جدواه خاصة في البيوع ومن تقع عليه تبعة الهلاك. ومن تكون له الزيادة في المبيع من حين العقد إلى حين انتهاء مدة الشرط وللفقهاء في هذا آراء دقيقة يُرجع إليها في كتب المذاهب.

جـ ـ انتهاء خيار العقد:

ينتهي خيار العقد بأحد الأسباب الآتية:

الأول: إجازة العقد: ممن له الخيار وكان أهلاً للإجازة وبهذه الإجازة يلزم العقد ويسقط الخيار.

الثاني: فسخ العقد: ويكون ذلك خلال مدة الخيار لأنه لو جاء بعدها

جاء على عقد لازم لا يجوز فسخه، وبهذا الفسخ ممن له الخيار يبطل العقد ويزول أثره، وهنا يسقط الخيار بالاستعمال.

الثالث: بمضي مدة الخيار: دونَ إجازة أو فسخٍ ممن يملك الخيار وبهذا يلزم العقد ويسقط الخيار بإهماله.

الرابع: موت من له الخيار خلال مدة الخيار:

وهذا السبب ينهي الخيار عند الأحناف لأنهم لا يرون توارث الخيارات أما الشافعية فخيار الشرط عندهم يورث لأنه شرط تعلق بالمال وليس حقاً شخصياً، والحقوق المتعلقة بالمال يصح ميراثها لقوله ﷺ «من ترك مالاً أو حقاً فلورثته».

٢ ـ خيار التعيين:

وفيه يكون المعقود عليه أكثر من واحد كاثنين أو ثلاثة مع تفاوت هذه المحال في القيمة ويجعل لأحد العاقدين حق تعيين واحد منها.

فحتى يقوم خيار التعيين لا بد من توافر شروط أربعة:

الأول: الاتفاق على وجوده لصالح طرف من أطراف العقد.

الثاني: تعدد المحال بحيث يكون له سلطة تعيينها من اثنين أو ثلاثة لا أكثر.

الثالث: أن تكون هذه الأشياء المتعددة مختلفة في الصفات والأثمان، لأنه عند عدم التفاوت لا قيمة للخيار.

وخيار التعيين يعطي مساحة زمنية لصاحبه للمشورة وسؤال أهل الاختصاص، وله قيمة حقيقية في بعض المبادلات والبيوع.

الرابع: أن تكون مدة الخيار معلومة، وقدرها أبو حنيفة بثلاثة أيام، وقال الصاحبان أنها تكون لأكثر من ذلك، وتركها بعض الفقهاء بغير تحديد.

أ ـ حكم خيار التعيين[1]:

اختلف الفقهاء في إثبات هذا الخيار أو نفيه، فالشافعية والحنابلة ينكرونه لأن المحل لا بد أن يكون معيناً عندهم وعدم التعيين يبطل العقد أصلاً، فلا يثبت له خيار.

ويرى الأحناف أن هذا الخيار صحيح فلم يجيء نهي من الشارع عنه، والعرف يجري به، والجهالة التي قد تترتب عليها جهالة يسيرة مما يتسامح الناس فيه.

أما أثر خيار التعيين عند من يقولون به فإنه يعطي لصاحبه ـ خلال المدة المحددة ـ اختيار واحد من الأشياء الثلاثة التي حددت له، فلو كان الخيار للمشتري في معرض سيارات وعليه أن يختار واحدة من ثلاثة بالثمن الذي حدد في مجلس العقد فله أن يختار ويسقط الخيار بالتعيين. ولكن هل لخيار التعيين أثر في لزوم العقد؟

اختلف القائلون بهذا الخيار فبعضهم يجعل العقد غير لازم ويقولون إن من له حق خيار التعيين يمكنه أن يرد الصفقة ويفسخ العقد دون توقف على رضاء الطرف الآخر والقائلون بهذا الرأي طائفتان، طائفة تشترط في خيار التعيين أن يكون مقترناً بخيار الشرط، ومن ثم فإن عدم اللزوم يجيء من خيار الشرط، والثانية ترى أن عدم اللزوم سببه خيار التعيين ولا حاجة لاقترانه بخيار الشرط.

وهناك من الفقهاء من يقول بلزوم العقد المشتمل على خيار التعيين، بمعنى أن من له الخيار ليس من حقه أن يردها جميعاً، وإنما يلزمه التعاقد على واحد غير معين منها، لأن العقد لازم بالنسبة لواحد من الأمور المخير بينها، وعلى من له الخيار تعيينه ليس إلا، والرأي الأخير أولى بالاعتبار لأن مقتضى الخيار عدم لزوم العقد ليس إلا.

ب ـ انتهاء خيار التعيين:

---

(١) د. حسن صبحي: المدخل إلى الفقه الإسلامي، ١٩٧١ ص٤٨٦ ـ ٤٨٧.

ينتهي خيار التعيين بأحد الأسباب الأربعة الآتية:

الأول: اختيار واحد من المعقود عليه سواء كان الاختيار صراحة أو ضمناً.

الثاني: ينتهي خيار التعيين بمضي مدته، ويلزم العقد بانتهائه.

الثالث: ينتهي خيار التعيين بهلاك المعقود عليهم محل الخيار لفوات المحل.

الرابع: ينتهي خيار التعيين بهلاك اثنين من المعقود عليهم لأن هذا الواحد الباقي هو الذي تعين للاختيار.

ثانياً ـ الخيارات الجبرية:

والأساس فيها أمر الشارع لا إرادة المتعاقدين وسوف نتناول بالتحليل الموجز نوعين منها:

١ ـ خيار الرؤية:

وهو سلطة تجعل للعاقد الحق في فسخ العقد، أو إمضائه عند رؤية المعقود عليه بعد العقد.

ولا يتحقق خيار الرؤية إلا بشرطين:

الأول: أن يكون محل العقد معرّفاً أو معروفاً عند العاقدين بما يعينه ويمنع جهالته.

الثاني: ألا يكون العاقد قد رأى المعقود عليه حين العقد أو قبله، لأن الرؤية السابقة تجعل الرؤية بعد ذلك عبثاً.

وقد اختلف الفقهاء في ثبوت خيار الرؤية، فأبو حنيفة والشافعي في القديم وأحمد في إحدى روايتيه يقولون بثبوت خيار الرؤية لأنهم يقولون بصحة العقد على الأعيان الغائبة عن مجلس العقد.

أما الإمام مالك والشافعي في الجديد وابن حنبل في إحدى روايتيه فينكرون خيار الرؤية، لأنهم يقولون بعدم صحة العقد على الأعيان الغائبة عن مجلس العقد.

والذين يثبتون خيار الرؤية يستدلون لرأيهم بما يلي:

- بحديث رسول الله ﷺ أن قال «من اشترى شيئاً لم يره فله الخيار إذا رآه».

- الإجماع: فقد أجمع الصحابة على جواز ثبوت خيار الرؤية، فقد روى أن «عثمان بن عفان» باع أرضاً «لطلحة» قبل أن يرياها، فقيل لعثمان إنك قد غبنت. فقال ليّ الخيار، وقيل لطلحة إنك قد غبنت. فقال لي الخيار، فكل منهما قد ادّعى الخيار لنفسه فحكّما بينهما «مطعم بن جبير» بمحضر جمع من الصحابة فحكم بالخيار لطلحة ولم ينكر عليه أحد من الصحابة، فكان ذلك إجماعاً سكوتياً منهم على ثبوت خيار الرؤية، وإقراراً منهم بصحته وأنه يثبت للمشتري.

- والقائلون بثبوت خيار الرؤية على اتفاق فيما بينهم في أنه يثبت للمشتري لنص حديث رسول الله ﷺ ولكنهم اختلفوا فيما بينهم في ثبوت هذا الخيار للبائع، فجمهور الفقهاء لا يثبت خيار الرؤية للبائع، وذلك لأنه قد شرع على خلاف القياس فوجب أن يقتصر على ما ورد فيه النص، وذهب بعض الفقهاء على أن هذا الخيار يثبت للبائع كما يثبت للمشتري لأن مناطه عدم رؤية محل العقد وهو جائز في حق البائع وفي حق المشتري. والرأي عندي أن خيار الرؤية يثبت للبائع والمشتري، والتطبيق العملي له كما جاء فيما روي عن «عثمان بن عفان» أن البائع والمشتري - عثمان وطلحة - أثبت الخيار لنفسه.

أ - مجال خيار الرؤية:

خيار الرؤية كغيره من الخيارات لا يثبت إلا في بعض العقود وهو عند القائلين به مجاله العقود التي يكون فيه محل العقد شيئاً معيناً لم يره العاقد حين العقد أو قبله. وهو يثبت في الأنواع التالية:

النوع الأول: البيع إذا كان المبيع شيئاً معيناً ولم يكن ديناً ثابتاً في الذمة، فإذا اشتريت ثوباً قبل أن تراه كان الخيار عند رؤيته إن شئت أخذته، وإن شئت تركته، وعلى هذا يثبت خيار الرؤية في القيميات والمثليات

المتعينة، ولا يثبت خيار الرؤية في عقد السلم لأن المبيع فيه دين في الذمة، ولا في عقد الصرف لأنه بيع الدين بالدين.

النوع الثاني: في الإجارة لأن استئجار الأعيان المالية فيه معنى الشراء، فالمستأجر يدفع الأجر مقابل المنفعة، فكأنه يشتري المنفعة بما يدفعه من أجر، فمن استأجر داراً لسكناه قبل رؤيتها كان بالخيار إذا رآها إن شاء أجاز عقد الإجارة وإن شاء فسخه.

النوع الثالث: الصلح على مال بعين معينة لم يكن قد رآها من صالح عليها وقت الصلح أو قبله، فمن ادعى على آخر مالاً فصالحه المدعى عليه عن دعواه بداره التي لم يرها المدعي كان للمدعي خيار الرؤية.

النوع الرابع: قسمة الأعيان القيمية باعتبار أن القسمة مبادلة بين جميع الشركاء، وذلك لأن كل واحد من الشركاء يشتري نصيب غيره بنصيبه، فإذا كان أحد الشركاء بعد القسمة لم يكن رأى النصيب الذي أعطته القسمة له قبل القسمة أو أثناءها فله خيار الرؤية.

وخيار الرؤية يثبت في هذه العقود بحكم الشارع ويترتب على ذلك عدة أمور:

الأمر الأول: لا يجوز لصاحب هذا الخيار إسقاطه أو التنازل عنه، لأن ما ثبت بالشرع لا يجوز إسقاطه.

الأمر الثاني: لو أسقط صاحب الخيار خياره بعد تمام البيع وقبل الرؤية لم يسقط خياره، لأن الخيار لا يثبت إلا بعد الرؤية، فلا يصح إسقاطه قبلها لأنه لم يثبت قبل وجودها.

وخيار الرؤية لا ينفي لزوم العقد في حق من لم يثبت له خيار الرؤية، فالعقد لازم له، وآثار العقد وأحكامه تثبت، بل العقد نافذ ولكل من العاقدين حق التصرف في بدله.

ب ـ وقت ثبوت خيار الرؤية:

يثبت خيار للرؤية لصاحبه، عند رؤية العين التي لم يرها، أما قبل

رؤية محل العقد فلا يثبت الخيار، ولو أسقطه قبل الرؤية لا يسقط، لأن الخيار لم يوجد بعد..

ويثبت الخيار بالرؤية، وجمهور الفقهاء لا يحدد زمناً معيناً يعلن فيه صاحب الخيار رأيه بعد الرؤية، ويرى بعض الفقهاء أن على صاحب الخيار أن يعلن عن رأيه قبولاً أو رفضاً، إجازة أو فسخاً بعد فترة من الرؤية تكفي لفسخ العقد، وإلا فسكوته إجازة ضمنية يصبح العقد لازماً بعد انقضائها، والرأي الأخير أجدر بالاعتبار رغم أنه رأى قلة من الفقهاء، لأن التراخي الطويل المدى من صاحب الخيار عن إبداء رأيه وتحديد موقفه، وخاصة وأن الرؤية قد تحققت يعد إضراراً بالعاقد الآخر، وإضراراً باستقرار المعاملات والقاعدة الإسلامية العامة تقول «لا ضرر ولا ضرار».

جـ ـ أثر خيار الرؤية:

خيار الرؤية يجعل العقد غير لازم في حق صاحب الخيار، ويثبت له الحق بمجرد الرؤية، فله إجازة العقد وله فسخه أيضاً.

د ـ انتهاء خيار الرؤية:

ينتهي خيار الرؤية بالأسباب الآتية:

السبب الأول: ينتهي خيار الرؤية بالإجازة من صاحبه سواء كانت فعلية بأن يتصرف المشتري في العين تصرف البائع، أو قولية بأن يعلن المشتري إجازته للعقد بشرط أن يحصل ذلك بعد الرؤية.

السبب الثاني: ينتهي خيار العقد بالفسخ، سواء كان صريحاً أو ضمنياً، صريحاً بإعلانه قرار الفسخ، أو ضمنياً برد العين بعد الرؤية إلى صاحبها الأصلي.

السبب الثالث: ينتهي الخيار بهلاك العين، لاستحالة ردها إلى البائع الأصلي.

السبب الرابع: موت صاحب الخيار، عند القائلين بأن الخيارات لا تورث.

٢ ـ خيار العيب[1]:

خيار العيب من الخيارات الجبرية التي لا تثبت إلا بأمر الشارع، ولا دخل في إثباتها لإرادة المتعاقدين. ويعرف خيار العيب بأنه سلطة تمنح العاقد الحق في فسخ العقد، بسبب ظهور عيب لم يطلع عليه في محل العقد، وقت التعاقد. فلا يثبت خيار العيب إلا بعد توافر الشروط الأربعة التالية:

الشرط الأول: حدوث العيب قبل استلام العاقد للعين.

الشرط الثاني: عدم علم العاقد بالعيب أثناء التعاقد ولا عند استلام المعقود عليه، لأن العلم مع السكوت رضا ينفي ثبوت الخيار.

الشرط الثالث: أن يستمر العيب حتى طلب الفسخ، لأن زوال العيب قبل ذلك يسقط الخيار.

الشرط الرابع: ألا يشترط في التعاقد البراءة من العيوب. لأن قبول هذا الشرط يبرىء ذمة البائع أمام المشتري فلا يكون للخيار مجال. وأهم مجالات خيار العيب عقود البيع، والإجارة، والقسمة، والصلح.

أ ـ أثر خيار العيب:

خيار العيب كغيره من الخيارات إذا دخل على العقد جعله غير لازم لصاحب الخيار ويصبح من حقه أحد أمرين:

الأمر الأول: رد الشيء المعيب إلى صاحبه، وفسخ التعاقد مع استرداد العوض الذي دفعه.

الأمر الثاني: الاحتفاظ بالعين محل العقد، بكامل الثمن الذي دفعه، وليس له إذا اختار ذلك أن يطالب بإنقاص الثمن، لأن النقصان بالعيب وصف، فلا يقابله شيء من الثمن، ما دام رفع هذا الضرر ممكناً، بدون تجزئة الثمن، وذلك برد العين المعيبة إلى صاحبها.

---

(١) د. حسن صبحي: المرجع السابق ص٤٩٢ ـ ٤٩٤.

أما إذا تعذر رد العوضين، لسبب من الأسباب، فمن حق من له الخيار، أن يسترد من الطرف الآخر، قيمة نقصان العين، بسبب هذا العيب، بشرط أن يتعين ذلك الانقاص وسيلة وحيدة لرفع العيب.

ب ـ دليل ثبوت خيار العيب:

ودليل ثبوت خيار العيب ما ورد أن رجلاً اشترى غلاماً فأقام عنده زمناً، ثم ظهر وجود عيب فيه فرفع الأمر إلى الرسول ﷺ فقضى برد الغلام إلى بائعه فقال البائع، لقد استغل غلامي يا رسول الله، فقال ﷺ «الخراج بالضمان» بمعنى ما يكون من غلة العين ومنافعها وكسبها فإنه يكون للمشتري لأنه استحق هذه المنافع بسبب الضمان، لأن المبيع إذا هلك في يده يهلك عليه وحده دون غيره فكان الغنم بالعزم.

وخيار العيب ـ كما قلنا ـ لا يثبت باشتراط العاقدين وإنما بأمر الشارع ووصفه، فهو خيار لازم في العقد لأن سلامة محل العقد من العيوب شرط يقتضي العقد وجوده، غير أنه يصح لصاحب خيار العيب أن يسقط خياره، وأن يتنازل عنه، بخلاف خيار الرؤية الذي لا يصح سقوطه ولا التنازل عنه.

جـ ـ وقت خيار العيب:

من الطبيعي ألا يطالب المشتري بمعرفة العيب عند التعاقد وإلا بطل الخيار، لأن ذلك ينافي طبيعة خيار العيب، لهذا كان وقت خيار العيب هو وقت ظهوره وعلم المتعاقد به. وهذا لا نزاع فيه. ولكن الفقهاء اختلفوا في توقيت مدة خيار العيب بعد ظهور العيب والعلم به.

ذهب الشافعية والمالكية إلى أنه يجب على الفور لئلا يلحق البائع ضرر من التأخير، فضلاً عن أن تأخير الرد بدون عذر يعتبر رضا بالعيب دلالة.

أما الأحناف والحنابلة، فلم يشترطوا الفورية، بل يجوز عندهم الرد على الفور وعلى التراخي، ذلك لأن الحقوق لا تسقط بعد ثبوتها إلا بإسقاطها أو انتهاء الأجل المحدد لها، وليس لهذا الحق وقت محدد حيث

لا دليل عليه، فيبقى حتى يوجد ما يدل على الرضا صراحة أو دلالة[1].

د ـ إرث خيار العيب:

خيار العيب يتداول بالإرث باتفاق الفقهاء، فهو عند الجمهور حق مالي لا يسقط بموته لأنه جزء من التركة ينتقل إلى الوارث.

أما الأحناف وهم يقولون بأن الحقوق لا تورث فيعللون سبب انتقال خيار العيب إلى الورثة، بأن المورث استحق المبيع سليماً من العيوب، فكذا الوارث ثبت له ابتداء دفعاً للضرر عنه لا على أنه ورث خياره.

و ـ انتهاء خيار العيب:

ينتهي خيار المعيب بالأسباب الآتية:

السبب الأول: رد العين المعيبة إلى صاحبها، وحصول الطرف الآخر على العوض الذي قدمه.

السبب الثاني: رضاء المتملك بالعين المعيبة بعد اكتشاف العيب، سواء كان الرضا ضمنياً بالتصرف في العين مثلاً تصرف المالك، أو دفع الثمن إلى البالغ، أو كان الرضا صريحاً بإعلان المشتري إسقاطه لخيار العيب، لأنه خيار يقبل الإسقاط.

فإذا امتنع الرد في خيار العيب، وجب رد قيمة النقصان. وهذا أشبه بانتهاء الخيار.

الفهرس

1996 / 1 / 547

المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر والتوزيع